

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Constitucional



LA SELECCIÓN DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR**

Javier Hernando Masdeua

Bajo la dirección del doctor

Raúl Canosa Usera

MADRID, 2013

TESIS DOCTORAL

LA SELECCIÓN DE MAGISTRADOS DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JAVIER HERNANDO MASDEU

Director:

RAÚL CANOSA USERA

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE
MADRID

ÍNDICE

ÍNDICE	3
1. INTRODUCCIÓN	10
1. 2. PLANTEAMIENTO INICIAL	10
1. 2. HIPÓTESIS Y ENFOQUE METODOLÓGICO	14
1. 3. ESQUEMA DEL TRABAJO.....	16
2. LA ELECCIÓN Y CONFIRMACIÓN DE LOS JUECES DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS EEUU.	18
2. 1. INTRODUCCIÓN.	18
2. 2. LOS ORÍGENES DEL SISTEMA DE NOMBRAMIENTOS.	22
2. 2. 1. Las discusiones constitucionales de 1787.	22
2. 2. 2. Las dudas sobre el significado y valor interpretativo de los debates de la Convención..	27
2. 2. 3. Las primeras nominaciones de jueces federales	29
2. 2. 3. El primer rechazo del Senado: John Rutledge.....	32
2. 2. 4. Las luchas partidistas por los nombramientos. El “ <i>spoil system</i> ”.	37
2. 3. LA INTERPRETACIÓN INICIAL DE LA “ <i>APPOINTMENT CLAUSE</i> ”	43
2. 3. 1. El poder de “ <i>advice</i> ” y “ <i>consent</i> ” del Senado	43
2. 3. 2. Posibles restricciones al poder del Presidente	45
2. 4. PRIMERAS EVOLUCIONES DEL SISTEMA DE NOMBRAMIENTO DE JUECES.	48
2. 4. 1. El papel del Senado. El inicio de la “ <i>Senatorial Courtesy</i> ”.....	48
2. 4. 2. Denegación de confirmaciones como represalia política	51
2. 4. 3. La 17ª Enmienda y la apertura de las sesiones.	52
2. 4. 4. Las primeras intervenciones de los “ <i>Lobbies</i> ”	54
2. 5. LOS PRIMEROS DEBATES “MODERNOS” DE CONFIRMACIÓN. LA NOMINACIÓN DE BRANDEIS EN 1916 Y LAS DE HUGHES Y PARKER EN 1930.....	59
2. 5. 1. La nominación de Brandeis	60

2. 5. 2. La nominación de Hughes	63
2. 6. LA CONSOLIDACIÓN DEL PAPEL DE LOS GRUPOS DE INTERÉS. LAS NOMINACIONES FALLIDAS DE PARKER Y HAYNSWORTH.	64
2. 6. 1. La nominación de John Parker.	65
2. 6. 2. La nominación de Haynsworth.....	68
2. 7. LA CULMINACIÓN DEL PROCESO. LA POLITIZACIÓN ABSOLUTA DE LOS DEBATES DE CONFIRMACIÓN. LOS CASOS DE BORK Y THOMAS.....	72
2. 7. 1. La nominación de Robert Bork	72
a) Antecedentes. Las primeras nominaciones de Reagan.....	72
b) La retirada del Juez Powell	74
c) La figura de Robert Bork.....	76
d) Las reacciones a la nominación de Bork. Maniobras dilatorias en el Senado	78
e) La organización de la campaña contra Bork	80
f) Las sesiones de confirmación	82
g) La campaña en los medios. El uso de las encuestas de opinión.....	90
h) La votación final	94
2. 7. 2. Las consecuencias de la nominación de Bork.....	95
2. 8. LAS NOMINACIONES POSTERIORES A BORK.....	101
2. 8. 1. La sustitución de Robert Bork. La fallida nominación del Juez Ginsburg y la confirmación de Anthony Kennedy.....	101
2. 8. 2. Las nominaciones de George Bush: Souter y Thomas	105
a) David Souter.....	105
b) Clarence Thomas.....	107
2. 8. 3. Las nominaciones de Clinton: Ginsburg y Breyer	113
a) Ruth B. Ginsburg.....	113
b) Stephen Breyer	116
2. 8. 4. Las nominaciones de George W. Bush: Roberts y Alito.....	117
a) John Roberts	117
b) Samuel Alito.....	120
2. 8. 5. Primeras nominaciones de Barack Obama: Sonia Sotomayor y Elena Kagan.....	123
a) Sonia Sotomayor	123
b) Elena Kagan	126

2. 9. CARACTERÍSTICAS ACTUALES DEL PROCESO DE NOMINACIÓN DE JUECES DEL TRIBUNAL SUPREMO.	128
2. 9. 1. Recapitulación del procedimiento	129
2. 9. 2. El procedimiento en plazos y documentos: la nominación de Elena Kagan en 2010 ...	135
2. 9. 3. El poder del Senado para cuestionar la “ideología judicial” del candidato.....	136
a) Introducción.....	136
b) La Constitución como límite de la democracia directa.....	140
c) Confirmaciones y legitimidad de los jueces.....	141
d) Confirmaciones e imparcialidad de los jueces.....	146
f) Las cualificaciones profesionales del candidato	150
g) La falta de respuestas. Límites de los interrogatorios	154
h) Ventajas de la “politización” de las confirmaciones.....	158
i) La importancia de los votos particulares.....	160
2. 9. 3. Alternativas para el control democrático del ejercicio del <i>Judicial Review</i>	165
a) El mecanismo del <i>impeachment</i>	165
b) La alteración legislativa de la composición del Tribunal Supremo	172
c) La modificación legislativa de la competencia del Tribunal.....	173
d) Las enmiendas constitucionales como medio de rectificar doctrinas del Tribunal Supremo.	175
e) La eliminación del mandato vitalicio de los <i>Justices</i>	177
2. 10. EL DEBATE DOCTRINAL SOBRE LOS LÍMITES DEL “JUDICIAL REVIEW” Y EL SENTIDO DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	188
2. 10. 1. Introducción.....	188
2. 10. 2. Planteamiento de la cuestión.....	189
2. 10. 3. El “originalismo”	191
2. 10. 4. Interpretación constitucional y confirmación parlamentaria de nombramientos	196
3. ALGUNOS MODELOS EUROPEOS DE ELECCIÓN DE MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES	198
3. 1. REINO UNIDO	198
3. 1. 1. Introducción.....	198
3. 1. 2. La separación de poderes y la discusión sobre el <i>judicial review</i>	200
3. 1. 3. Las críticas al sistema	203
3. 1. 4. La Constitutional Reform Act de 2005	205
3. 1. 5. El Tribunal Supremo del Reino Unido. La elección de los <i>Justices</i>	209
3. 1. 6. Observaciones sobre la elección de jueces del Tribunal Supremo del Reino Unido. ...	211

3. 2. ALEMANIA.....	212
3. 2. 1. Introducción.....	212
3. 2. 2. La elección de los jueces	214
3. 2. 3. Los retrasos en los nombramientos	217
3. 2. 4. Observaciones finales	219
3. 3. ITALIA	221
3. 3. 1. Introducción.....	221
3. 3. 3. La elección de los magistrados de la Corte Costituzionale	222
2. 3. 4. La polémica sobre el papel de las Regiones en el nombramiento de los jueces de la Corte a propósito de la reforma constitucional de 2001.....	229
3. 3. 5. Observaciones finales sobre la elección de jueces de la <i>Corte Costituzionale</i>	229
3. 4. FRANCIA.....	230
3. 4. 1. Introducción.....	230
3. 4. 2. Composición del Consejo Constitucional	234
4. EL PRECEDENTE DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1931	236
4. 1. LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1933.	236
4. 2. LA LEY DE DESARROLLO DE 1933.....	241
4. 3. LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL. LA ELECCIÓN DEL PRESIDENTE Y LOS VOCALES PARLAMENTARIOS.	246
4. 4. LA ELECCIÓN DE LOS VOCALES REGIONALES, REPRESENTANTES DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS Y PROFESORES DE FACULTADES DE DERECHO.	250
4. 5. LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL.....	252
4. 6. CONCLUSIONES	256
5. LA FUNCIÓN DE INTEGRACIÓN DE LAS CORTES GENERALES: LA DESIGNACIÓN POR LAS CÁMARAS DE MIEMBROS DE OTROS ORGANISMOS.	258

5. 1. INTRODUCCIÓN. LA DISCUSIÓN TEÓRICA SOBRE LA FUNCIÓN DE INTEGRACIÓN DE LAS CORTES.	258
5. 2. DESIGNACIONES PARLAMENTARIAS EN LAS CORTES GENERALES.....	264
5. 2. 1. Los Vocales del Consejo General del Poder Judicial.....	264
5. 2. 3. El Defensor del Pueblo.....	267
5. 2. 3. El Tribunal de Cuentas.....	269
5. 2. 4. La Junta Electoral Central.....	270
5. 2. 5. El Consejo de Administración de RTVE.....	271
5. 3. LA OBLIGACIÓN DE CONSULTAR A LAS CÁMARAS EL NOMBRAMIENTO DE ALTOS CARGOS EN LA LEY 5/2006 DE 10 DE ABRIL.....	274
5. 4. NATURALEZA Y EFICACIA DE LA FUNCIÓN PARLAMENTARIA DE INTEGRACIÓN DE OTROS ÓRGANOS.	276
6. EL NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.	279
6. 1. LA DISCUSIÓN EN LAS CORTES CONSTITUYENTES.....	279
6. 2. LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2/1979.....	286
6. 3. EL NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS POR EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. LA RESOLUCIÓN DE LA PRESIDENCIA DEL CONGRESO DE 7 DE FEBRERO DE 1980. PRIMER NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS.	289
6. 3. 1. La primera sesión de nombramientos: el debate del 30 de enero de 1980 en el Congreso.....	292
6. 3. 2. Los primeros nombramientos del Senado.....	301
6. 4. LAS REFORMAS DE LOS REGLAMENTOS DE LAS CÁMARAS DE 1982.....	305
6. 4. 1. El Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982.....	305
6. 4. 2. El Reglamento del Senado de 26 de mayo de 1982.....	310
6. 5. LOS NOMBRAMIENTOS DEL GOBIERNO Y DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.....	312
6. 5. 1. Los magistrados propuestos por el Gobierno.....	312
6. 5. 2. Los magistrados propuestos por el Consejo General del Poder Judicial.....	314

6. 6. EL SORTEO PARA LA RENOVACIÓN PARCIAL DE 1983 Y EL PRIMER BLOQUEO EN LA RENOVACIÓN DEL TRIBUNAL.....	315
6. 7. LA QUIEBRA DEL CONSENSO CON LAS DIMISIONES DE MANUEL GARCÍA PELAYO Y MANUEL DÍEZ DE VELASCO EN 1986.	321
7. EL SISTEMA DE COMPARECENCIAS EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (LA REFORMA DEL AÑO 2000)	328
7. 1. LA RESOLUCIÓN DE LA PRESIDENCIA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS DE 25 DE MAYO DE 2000.	328
7. 1. 1. La Comisión Consultiva de Nombramientos	337
7. 2. ANÁLISIS DE LAS COMPARECENCIAS ANTE LA COMISIÓN CONSULTIVA DE NOMBRAMIENTOS DEL CONGRESO.....	345
7. 2. 1. Las comparecencias de 25 de octubre de 2001.....	346
a) Javier Delgado Barrio.....	348
b) Roberto García-Calvo	351
c) Eugenio Gay Montalvo.	358
d) Elisa Pérez Vera	361
7. 2. 2. Las recusaciones de magistrados en 2007	361
7. 2. 3. Las comparecencias de 9 de julio de 2012	367
a) Juan José González Rivas.....	368
b) Andrés Ollero	376
c) Encarnación Roca Trías.....	379
d) Fernando Valdés Dal-Ré	381
7. 3. LA REFORMA DE 2000 DEL ART. 184 DEL REGLAMENTO DEL SENADO	382
7. 4. LA REFORMA DEL ART. 16.1 LOTC POR LA LEY ORGÁNICA 6/2007: LA PROPUESTA DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL POR LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS DE LAS CCAA.....	384
7. 4. 1. La impugnación de la reforma ante el TC.	387
7. 5. ANÁLISIS DE LAS COMPARECENCIAS ANTE LA COMISIÓN CONSULTIVA DE NOMBRAMIENTOS DEL SENADO EN JULIO DE 2010	391
7. 5. 1. La comparecencia de Francisco Pérez de los Cobos en el Senado el 6 de octubre de 2010.	401

7. 6. ALGUNAS SUGERENCIAS PARA LA REFORMA DE LOS REGLAMENTOS DE LAS CÁMARAS EN MATERIA DE NOMBRAMIENTOS DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.	402
8. CONCLUSIONES	408
8. 1. SOBRE EL PROCESO DE CONFIRMACIÓN DE JUECES DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS EEUU EN EL SENADO.	408
8. 2. SOBRE LA DESIGNACIÓN PARLAMENTARIA DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA.	416
BIBLIOGRAFÍA	425
ANEXO: DOCUMENTACIÓN UTILIZADA POR EL COMITÉ JUDICIAL EN LA NOMINACIÓN DE ELENA KAGAN	462
ABSTRACT AND SELECTED BIBLIOGRAPHY	489
INTRODUCTION	489
CONTENT AND METHODOLOGY	490
CONCLUSIONS	491
SELECTED BIBLIOGRAPHY	492

1. INTRODUCCIÓN

1. 2. PLANTEAMIENTO INICIAL

Uno de los elementos decisivos de la Constitución de 1978 fue la adopción de un sistema específico de control de constitucionalidad. Con la referencia de los tribunales alemán e italiano, pero con importantes características propias, el Tribunal Constitucional de España se organizó como un órgano de control abstracto y concentrado que incorporaba también algunas técnicas propias de otros modelos como el recurso de amparo por vulneración de derechos individuales o la cuestión de inconstitucionalidad otorgada a los jueces y tribunales.

Tras inclinarse por esta opción, el constituyente optó también por uno de los procedimientos de integración del Tribunal que suelen encontrarse asociados a ese modelo, aunque también con algunos matices importantes. Según el art. 159 de la Constitución ocho de los doce miembros del Tribunal han de ser elegidos por las cámaras legislativas. Los otros cuatro se reparten por partes iguales entre el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial.

En contra de lo que pueda parecer, no es fácil discernir con claridad los objetivos de este modo de designar a los magistrados.

Si el Tribunal ha de limitarse a comprobar la constitucionalidad de las normas según un estricto criterio de jerarquía normativa, parece que lo propio sería que esta operación fuera llevada a cabo por jueces. En primer lugar, porque resolver cuál es la norma aplicable es una parte importante del trabajo de los jueces. Y en segundo lugar

porque si se trata de controlar posibles errores o excesos del legislador parece obvio que dicho control sólo podrá ser eficaz si lo realiza un órgano independiente. Y los jueces son, casi por definición en las democracias modernas, los únicos titulares de poderes públicos realmente independientes del legislativo y del ejecutivo. Sobra decir que en un sistema de tipo británico o de gabinete como el nuestro, el ejecutivo será quien domine el parlamento, por lo que la independencia de los jueces cobra aún un mayor relieve.

Esta argumentación podría llevar al modelo norteamericano de *judicial review*, en el que son los jueces ordinarios quienes realizan el control de constitucionalidad. Y para que éste resulte operativo la decisión final corresponde a los jueces del Tribunal Supremo. Pero cualquier juez puede dejar sin efecto una norma por entenderla contraria a la Constitución.

Ahora bien, el constituyente de 1978 tenía claro que la Constitución no es una norma como las demás, lo que también aparece en la obra doctrinal de Kelsen que en buena medida servía de fundamento teórico al tribunal que se estaba estableciendo. Y eso nos lleva a una diferencia fundamental entre nuestro modelo y el norteamericano. Por la diferente posición de los jueces en la tradición anglosajona, allí no representó un problema decisivo asumir que la interpretación que tendrían que dar los jueces a la Constitución sería de un tipo muy especial, que se saldría en momentos decisivos de los cauces estrictos de la interpretación normativa. Pero entre nosotros, en la tradición francesa del juez como "boca muda" del legislador, esto resulta un punto más problemático.

Por otra parte, en España era necesario también afrontar la cuestión práctica de que la mayor parte de la judicatura entonces en activo se había formado en el régimen

anterior a la Constitución, lo que podía justificar cierta desconfianza en su capacidad para defender con firmeza la Carta Magna.

Finalmente se optó por un Tribunal que no estaría integrado estrictamente por jueces y que no pertenecería al orden jurisdiccional ordinario. Y se reservó al Parlamento el control de la designación de sus Magistrados. De modo directo, las cámaras designan a ocho de los doce miembros. Además corresponde al Gobierno, que procede en los sistemas de gabinete de la mayoría parlamentaria, la designación de otros dos Magistrados. Y los últimos dos puestos, cuya elección corresponde al Consejo General del Poder Judicial, se distribuyen también -por el modo de integrarse el propio Consejo- según los pactos que alcancen en cada momento los partidos mayoritarios.

Así pues, el resultado es que cada uno de los doce candidatos siempre ha sido propuesto por una mayoría parlamentaria. Y aún cuando ésta ha sido muy amplia, por ser fruto de un pacto entre los partidos mayoritarios, siempre ha resultado posible distinguir cuál era el candidato de cada grupo. De hecho, esos pactos se han ido articulando regularmente a través de un sistema de cuotas. Y eso lleva a que lo que con frecuencia se califica como “politización” del Tribunal, al menos ante los medios de comunicación y la opinión pública mayoritaria.

¿Sucedía de modo diferente en el otro modelo al que nos hemos referido, el del Tribunal Supremo de los EEUU? En absoluto. Allí la identificación política es aún más clara, puesto que el nombramiento de cada uno de los nueve jueces del Tribunal Supremo corresponde directamente al Presidente de los EEUU, "con el consentimiento y consejo del Senado".

Así pues, podría afirmarse que en ambos casos el nombramiento de magistrados de las cortes constitucionales se articula –en todo o en parte- por medio de un

procedimiento parlamentario de confirmación, siendo diferente en cada caso la iniciativa en la designación.

Ahora bien, aunque el resultado final de ambos procedimientos podría parecer similar -unos jueces de constitucionalidad marcados con etiquetas políticas claras- el hecho es que la posición de ambos tribunales en sus respectivos sistemas es bastante diferente. Y esto nos lleva al objeto de este trabajo.

Existe un acuerdo bastante generalizado en la doctrina y -lo que resulta más llamativo- en la opinión pública sobre el enorme deterioro de la posición del Tribunal Constitucional en nuestro sistema político en la última década. Y resulta paradójico que esta erosión no se ha producido principalmente por la discusión sobre el contenido de las sentencias -lo que siempre será normal en una sociedad democrática- sino por ciertos defectos importantes en el funcionamiento del Tribunal. Consecuencia de estos defectos han sido el enorme retraso en la publicación de algunas sentencias decisivas y sobre todo los enormes problemas que han planteado las renovaciones de Magistrados, en las que se ha llegado a utilizar el mecanismo procesal de la recusación para fines muy distintos a los que dan sentido técnico a dicha institución.

Como ya se ha mencionado, el debate sobre estas cuestiones no ha quedado limitado al ámbito jurídico o político-constitucional. Ante la opinión pública, el prestigio del Tribunal y su posición de garante imparcial de la Constitución han resultado afectados quizá con mayor intensidad que en ningún otro período desde su establecimiento en la Constitución de 1978.

1. 2. HIPÓTESIS Y ENFOQUE METODOLÓGICO

Este trabajo, en desarrollo de algunas de las ideas que se han expuesto, se plantea una hipótesis sobre el modo en que el procedimiento de designación parlamentaria de magistrados de nuestro Tribunal Constitucional afecta a la posición de éste en el sistema constitucional de 1978.

Más concretamente, se pretende aislar los principales defectos de nuestro sistema para intentar averiguar si alguno de ellos podría paliarse introduciendo correcciones relacionadas con los aciertos –si resulta que los hay- del sistema norteamericano de confirmación de jueces en el Senado.

Una beca del Congreso de los Diputados español me permitió realizar en el verano de 2009 una estancia de investigación de tres meses en el Real Colegio Complutense en Harvard. Fue un tiempo dedicado casi en exclusiva al análisis del proceso de confirmación norteamericano, pero siempre con el objetivo de saber si podía proporcionar algún instrumento útil para la comprensión -y en su caso, mejora- de nuestro propio procedimiento de integración.

Así pues, el instrumento metodológico escogido es un análisis específico de derecho comparado.

Las primeras dificultades saltan a la vista. Nuestro sistema constitucional y el norteamericano son muy diferentes, y lo son nuestros parlamentos, nuestras respectivos poderes ejecutivos y especialmente el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Pero me parecía también que algunos de los problemas principales eran esencialmente

los mismos, como al final suele suceder en todas las democracias. Y quizá podían ser también parecidas algunas de las soluciones.

Un segundo orden de dificultades se presentan desde un punto de vista que podríamos llamar conceptual. El trabajo se mueve a veces en el límite entre el derecho parlamentario y la ciencia política. Y esto deriva en buena medida del propio carácter del derecho constitucional norteamericano, mucho más sociológico y politológico -si puede hablarse así- que el nuestro. En las bibliotecas universitarias norteamericanas, las estanterías etiquetadas como *Constitutional Law* están llenas, en la extensa parte que dedican al Supreme Court, de largas biografías de los magistrados -especialmente de los *Chief Justices*- y rigurosas monografías dedicadas a aspectos parciales de su pensamiento político, social, económico y jurídico. Esto resulta extraño a nuestra tradición jurídica pero a menudo es el único camino para comprender el sistema constitucional norteamericano. Lo mismo sucede con las propias prácticas parlamentarias de las sesiones de confirmación. Lo esencial de las mismas ha sido definido y se ha ido desarrollando de modo consuetudinario. Y para entender su significado es preciso con frecuencia tener que analizar las propias sesiones sin poder aferrarse a unas normas escritas claras que definan los límites y los detalles.

Mi intención ha sido tratar de mantener el trabajo dentro de los límites del derecho constitucional. Y esto implica no sólo el análisis normativo de un procedimiento jurídico -un tipo de sesiones parlamentarias en este caso- sino sobre todo el estudio de la eficacia de dicho procedimiento desde el punto de vista de los fines previstos por el derecho constitucional para el papel respectivo del parlamento y del órgano de control de constitucionalidad. Interesa también comprobar cómo se han aplicado las escasas normas jurídicas escritas y cómo se han ido creando costumbres y convenciones constitucionales.

Por último, y antes de pasar al esquema del trabajo, conviene advertir que intencionadamente se ha renunciado a exponer o reformular aspectos teóricos de la teoría de la interpretación constitucional o del fundamento del control concentrado de constitucionalidad. Los estudios sobre esa materia son abundantes, profundos y muy variados, y sus objetivos están fuera del alcance de este trabajo.

Describiré a continuación sucintamente el esquema de estas páginas.

1. 3. ESQUEMA DEL TRABAJO

La primera parte de la obra está dedicada al análisis del caso norteamericano. Se analiza en profundidad el nacimiento del Tribunal Supremo y del sistema de nombramiento de sus Jueces por medio de la acción combinada del Presidente, a quien corresponde la designación, y del Senado que tiene que confirmarla. El estudio se detendrá con cierto detalle en la historia de las nominaciones más decisivas, las que han provocado cambios permanentes en el procedimiento o en la percepción del mismo por parte de los agentes implicados. Pero sobre todo, trataremos de concluir cuál es el sentido que la doctrina y la opinión pública norteamericana otorgan en la actualidad al procedimiento y cuáles son sus ventajas e inconvenientes desde el punto de vista del fortalecimiento del control de constitucionalidad.

A continuación haremos una breve referencia a los modelos de derecho comparado más importantes por su influencia en nuestra tradición constitucional.

Y en la segunda parte del trabajo, teniendo presente las conclusiones parciales del estudio anterior, trataremos de analizar el procedimiento de nombramiento de

Magistrados del Tribunal Constitucional de España tal y como quedó establecido en la Constitución de 1978 y se ha desarrollado posteriormente. Por su importancia histórica como antecedente directo, el estudio estará precedido de un breve análisis de esa misma cuestión en el Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española. Y después, antes de analizar el procedimiento específico de designación de Magistrados del Tribunal Constitucional, dedicaremos un capítulo a examinar de un modo más general el papel de nuestro Parlamento como integrador de otros órganos en el sistema constitucional de 1978.

El objeto de esta segunda parte, la que da sentido global al trabajo, ya se ha mencionado al exponer la hipótesis principal. Se trata de describir los principales desajustes de nuestro procedimiento para preguntarse después si algunos de ellos podrían paliarse teniendo como referencia el sistema norteamericano anteriormente analizado.

La hipótesis de trabajo ha sido suponer que la respuesta sería positiva. Y las conclusiones han confirmado, con las limitaciones que se expondrán, ese planteamiento.

2. LA ELECCIÓN Y CONFIRMACIÓN DE LOS JUECES DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS EEUU.

“[The President] shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other public Ministers and consuls, Judges of the Supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law”.

US Constitution. Article II, sec. 2, cl. 2

“El presidente propondrá y, con el consejo y consentimiento del Senado, nombrará a los embajadores, los demás ministros públicos y cónsules, los magistrados del Tribunal Supremo y a todos los demás funcionarios de los Estados Unidos a cuya designación no provea ese documento en otra forma y que haya sido establecidos por ley”.

2.1. INTRODUCCIÓN.

El proceso de nominación y confirmación de cargos federales establecido en la Constitución de los EEUU ha sido exhaustivamente estudiado por la doctrina norteamericana. En las últimas décadas, los análisis se han centrado de forma mayoritaria en el nombramiento de Jueces del Tribunal Supremo, especialmente a partir del polémico proceso de nominación de Robert Bork en 1987, en el que el candidato

propuesto por Ronald Reagan fue rechazado por el Comité Judicial del Senado. Algunos autores consideraron entonces que se corría el riesgo de que los candidatos acomodaran sus puntos de vista sobre asuntos decisivos a lo que percibieran que podría ser aceptable para el grupo mayoritario en el Senado¹.

En general, aunque con algunas excepciones², la mayoría de los trabajos han estudiado las nominaciones desde un punto de vista que la doctrina europea consideraría “político”. Se describen las trayectorias personales y políticas de los jueces, senadores y presidentes implicados, y se trata de explicar las razones que llevan a las luchas en el Comité Judicial del Senado, luchas que la prensa y los grupos de presión trasladan casi siempre a la opinión pública y después a las campañas electorales. En los enfoques más críticos, se ha llegado a hablar de la “venta” de las nominaciones al Tribunal Supremo³. En ese mismo sentido se publicaron escritos muy duros⁴ con ocasión de la polémica sentencia⁵ de 2001 que –por un apretado margen de 5 a 4- concedió la presidencia a George W. Bush, al negar el recuento y la anulación de votos en Florida solicitados por Al Gore, su rival en las elecciones. También se ha sostenido, como veremos posteriormente, en sentido contrario, que la “politización” del Tribunal no sólo no es corregible sino que es, además, necesaria⁶.

Pero más recientemente se volvieron a producir nominaciones complicadas. El Presidente George W. Bush tuvo la oportunidad de nombrar dos nuevos magistrados y sus designaciones provocaron una importante refriega política que se trasladó al ámbito académico. Conviene tener en cuenta que desde 1968 sólo dos jueces del Supremo

¹ DWORKIN (1996), CARTER (1994)

² GOLDMAN (1997), ABRAHAM (1999), MASSARO (1990), HARRIS (1953),

³ MALTESE (1995)

⁴ SUNSTEIN and EPSTEIN (2001), BUGLIOSI, IVINS and SPENCE (2001)

⁵ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000)

⁶ JENNINGS PERETTI (2001)

habían sido nominados por presidentes demócratas. Si se toma como referencia la célebre sentencia *Roe v. Wade*⁷ de 1973 sobre el aborto, aprobada por una mayoría de 7 a 2, la composición se había ido equilibrando con los años hasta que en 1993, en *Planned Parenthood v. Casey*⁸, la mayoría favorable al aborto era ya sólo de 5 a 4, y con algunos de los firmantes de la opinión mayoritaria en una posición más moderada que la de 1973. Así pues, los nuevos nombramientos de G. W. Bush podían alterar de modo decisivo el equilibrio “político” entre magistrados conservadores y progresistas –con todos los matices que estas etiquetas tienen. De esta forma, podría cambiar la jurisprudencia del Supremo sobre algunas de las cuestiones que más dividen al país (aborto, pena de muerte, discriminación positiva, etc.), y esto ha dado un nuevo impulso a las publicaciones sobre la materia⁹.

Por otra parte, el prestigio del Tribunal Supremo sigue descansando en un hecho importante: con mucha frecuencia los magistrados no han respondido –y siguen sin responder- a lo que podría esperarse a la vista del color político del Presidente que les escogió y de la mayoría senatorial que confirmó su nombramiento. Y precisamente por eso muchos de los análisis doctrinales se explayan en indagaciones biográficas sobre la figura de cada juez por entender que es la única forma posible de comprender el funcionamiento del Tribunal en cada etapa histórica. Así, una de las obras más recientes sobre el tema¹⁰ –publicada por un profesor de Derecho- se titula: “*The Supreme Court. The personalities and rivalries that defined America*”. Se asume que las personalidades de los jueces del Supremo y sus rivalidades son decisivas en la definición final del modo de vida del país. El autor recuerda que en 1952 Harry Truman decidió usar sus

⁷ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

⁸ *Planned Parenthood v. Casey*, 505, U.S. 833 (1992)

⁹ GARDNER GEYH (2006), KRAMER (2004), SUNSTEIN (2004), SUNSTEIN (2006)

¹⁰ ROSEN (2007)

poderes militares como comandante en jefe para terminar con una huelga general en el sector del acero que ponía en peligro los suministros necesarios para la guerra de Corea. Parece que el Presidente se atrevió a dar ese paso porque el *Chief Justice* del Tribunal Supremo, Fred Vinson, que había sido nombrado por él, le aseguró que la mayoría de los jueces comprenderían y apoyarían la medida. De hecho, todos los integrantes del Tribunal habían sido nombrados por Truman o por su predecesor demócrata, Franklin D. Roosevelt. Pero como se ha señalado anteriormente, los jueces no siempre han dictado sentencia tratando de favorecer a quienes les nombraron. La sentencia¹¹ declaró, por una mayoría de 6 a 3, que el Presidente había actuado inconstitucionalmente¹². El extremo contrario podría ser el de la ya mencionada sentencia *Bush v. Gore*. La opinión favorable a Bush fue firmada por cinco magistrados nombrados por Presidentes republicanos. Sin embargo, entre los cuatro votos disidentes había también otros dos jueces nombrados por republicanos. El profesor de Harvard Alan Dershowitz describe¹³ esta sentencia como “la más corrupta de la historia del Tribunal Supremo, por ser la única que conozco en la que la mayoría de los jueces tomaron su decisión por la identidad personal y la afiliación política de los litigantes”. No obstante, también la Administración Bush ha perdido casos importantes recientemente, con un Tribunal integrado por siete “conservadores” y sólo dos “progresistas”. Uno de los ejemplos más claros es el de *Hamdan v. Rumsfeld*¹⁴, de 2006, en el que el Supremo estableció la

¹¹ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952) El caso es más conocido como “*Steel Seizure Case*”

¹² Y el autor citado, ROSEN (2007), titula el capítulo en el que cuenta la anécdota como: “*A question of temperament*”, dejando claro que es en la personalidad del Juez Black -ponente de la sentencia- donde se encuentra la explicación de la decisión del Tribunal: “*Although an ardent Democrat as well as a former senator, Black revered the institution of the Supreme Court as something larger than the individual justices who composed it and masterfully persuaded a majority of his colleagues to enforce the limits that the Constitution places on the president’s power*” (p. 2)

¹³ DERSHOWITZ (2001) (traducción propia)

¹⁴ *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006)

inconstitucionalidad de las comisiones militares creadas para juzgar a los terroristas encarcelados en Guantánamo que habían sido calificados como “*enemy combatants*”.

Así pues, el estudio de los procesos de nominación de jueces del Tribunal Supremo federal siempre ha sido un asunto central en la doctrina norteamericana, pero se ha tornado aún más importante en los últimos años.

2. 2. LOS ORÍGENES DEL SISTEMA DE NOMBRAMIENTOS.

2. 2. 1. Las discusiones constitucionales de 1787.

Las posturas en la Convención sobre los poderes del Presidente para nombrar cargos se presentaron inicialmente bastante divididas. Como reacción al régimen monárquico del que se acababan de separar, la mayoría de las primeras colonias había impuesto límites de diversos tipos en sus constituciones a la potestad de los gobernadores para nombrar cargos públicos. Por lo que se refiere a los jueces, sólo en Massachusetts, Maryland, Pennsylvania y New Hampshire los jueces eran nombrados por el gobernador. En el resto de las colonias el nombramiento correspondía casi siempre a los parlamentos estatales, que disponían de casi todos los cargos. Como reflejo de la tendencia general puede servir la Constitución de Virginia, que concedía al legislador el nombramiento de los jueces, del Secretario de Estado, del Fiscal General,

del Gabinete del Gobernador e incluso, en determinadas circunstancias, del Gobernador mismo¹⁵.

Pero la experiencia de esos primeros años no había sido positiva en todos los casos. Muchos de los delegados hablaban de que el nombramiento de cargos por parte de los legisladores había dado alas a la demagogia, a la corrupción y a una intensa lucha de facciones que había debilitado el ejercicio del poder. Por otra parte, era también general la sensación de que los *Articles of Confederation*, la constitución confederal inicial, habían resultado fallidos por restringir en exceso los poderes del gobierno central. En esas circunstancias, pronto se formó una corriente de opinión importante entre un buen número de delegados favorable a la configuración de un poder presidencial fuerte con respecto a los nombramientos de funcionarios y jueces federales.

En el primer plan que sirvió de borrador para la Convención, el llamado “Plan de Virginia” presentado en mayo de 1787, se concedía poder al Presidente para nombrar todos los cargos, con excepción de aquellos puestos que fueran nombrados por las cámaras. James Madison presentó posteriormente una enmienda que interpretaba la propuesta en un sentido aún más favorable a la potestad del Presidente, sugiriendo que el verdadero sentido del plan inicial era conceder a éste todos los nombramientos salvo los que la Constitución reservara específicamente a otro procedimiento. En junio de ese mismo año, Alexander Hamilton introdujo una propuesta en la que correspondía al Presidente en exclusiva el nombramiento de los jefes de los Departamentos del Tesoro, Guerra y Asuntos Exteriores, teniendo que estar sujeto en todos los demás nombramientos a la aprobación del Senado. En esa primera propuesta, que no fue

¹⁵ GERHARDT (2003) p. 17.

entonces discutida seriamente, apareció por primera vez la idea de que el Senado no pudiera participar en la elección de los candidatos, pero sí en su confirmación.¹⁶

En las semanas posteriores se discutieron otras propuestas, entre ellas una curiosa de Benjamin Franklin, que sugirió imitar el modelo seguido entonces en Escocia, que consistía en que los abogados escogían de entre ellos a los jueces¹⁷. Pero los partidarios de conceder al Presidente una autoridad sin límites para el nombramiento de jueces y funcionarios federales seguían teniendo encontrando una gran resistencia, reflejada en las palabras de uno de los delegados con más peso, John Rutledge, gobernador de Carolina del Sur y futuro *Chief Justice* del Tribunal Supremo, que afirmaba que él “*was by no means disposed to grant so great a power to any single person. The people will think we are leaning too much towards Monarchy*”¹⁸. El miedo a imitar el detestado modelo monárquico era aún muy fuerte en muchos de los delegados, que se resistían a otorgar un poder tan importante como el de los nombramientos a una sola persona. Luther Martin, delegado de Maryland, señalaba que el poder presidencial de nominar le convertiría en “*King in everything but name*”¹⁹. Reiterando su posición inicial, Madison afirmó que compartía los recelos de quienes habían experimentado los defectos de la designación de jueces por las asambleas estatales, pero que pensaba que esas deficiencias no se producirían en una cámara como el Senado federal, con un número más reducido de miembros y mayor estabilidad e independencia que los legislativos estatales.

¹⁶ GERHARDT (2003) p. 19. Correspondería al Presidente designar “*the heads or chief officers of the departments of Finance, War, and Foreign Affairs*” y nominar “*all other officers, subject to the approbation or rejection of the Senate*”.

¹⁷ FARRAND y MATTESON (1966) Vol I, p. 120. No es fácil saber si la sugerencia de Franklin era una propuesta seria. Sugirió imitar el modelo escocés porque de ese modo los abogados escogen siempre al más capacitado de entre ellos, para así “retirarlo” y poder repartirse su clientela: “*the nomination proceeded from the lawyers, who always selected the ablest of the profession in order to get rid of him, and share his practice among themselves*”.

¹⁸ FARRAND y MATTESON (1966) Vol I, p. 116.

¹⁹ LEE (1965), p. 76-77.

Las discusiones continuaron con alternativas variadas hasta que Madison anunció a mediados de julio un cambio de posición para el nombramiento de puestos ejecutivos, para los que aceptaba que la propuesta fuera del Presidente siempre que se concediera al Senado el poder de rechazar al candidato propuesto por una mayoría de dos tercios. Su iniciativa fue rechazada, pero se aceptó en cambio su propuesta anterior de que los nombramientos de jueces federales fueran realizados por el Senado.

Por fin, en la primera quincena de septiembre se llegó a un acuerdo sobre el texto final de la “*Appointments Clause*”, en el que el nombramiento correspondería en todos los casos al Presidente y la confirmación al Senado. La redacción final fue defendida por el Gobernador Morris con una frase que expresaba de modo conciso el sentido de la solución escogida: “*As the President was to nominate, there would be responsibility, and as the Senate was to concur, there would be security*”²⁰.

Como en tantos otros casos, la primera y más influyente interpretación del sistema de nombramientos acordado por la Convención será la presentada por Hamilton en los “*Federalist Papers*”. En el n. 76, publicado el 1 de abril de 1788, Hamilton escribía que²¹:

“Sostienen [algunos críticos] que el Presidente es el único a quien se debió haber autorizado para hacer las designaciones correspondientes al gobierno federal. Pero es fácil demostrar que toda ventaja procedente de un sistema semejante se obtendrá en esencia con el poder de proponer que se proyecta conferirle; mientras que se evitarán ciertos inconvenientes que produciría el poder absoluto de hacer nombramientos si se pusiera en manos de ese funcionario. En el acto de proponer, su criterio sería el único que se aplicaría, y como a él sólo le correspondería la tarea de señalar al hombre que,

²⁰ FARRAND y MATTESON (1966) Vol. 2, p. 539-540.

²¹ HAMILTON, JAY y MADISON (1994)

una vez obtenida la aprobación del Senado, debe desempeñar su empleo, su responsabilidad sería tan completa como si él hubiera de hacer el nombramiento definitivo. A la luz de estas explicaciones, no cabe diferencia alguna entre proponer y nombrar. Los mismos motivos que influirían en un acaso para que este deber se desempeñase como es debido, existirían en el otro. Y como ningún hombre podría ser designado sino después de haber sido propuesto, de hecho todo hombre que llegara a ser nombrado habría sido escogido por el Presidente. ¿Pero no puede suceder que su propuesta sea rechazada? Concedo que puede serlo, aunque esto sólo sería para dar lugar a que hiciera otra proposición. La persona que finalmente se nombrara habría de ser de todos modos la que escogiera, aunque posiblemente no la que habría preferido en primer lugar. Tampoco es muy probable que sus proposiciones sean desechadas con frecuencia. El Senado no puede verse tentado a rechazar al candidato propuesto, debido a la preferencia que sienta por alguna otra persona, ya que no puede estar seguro de que la que desearía será la señalada en una segunda propuesta o en otra posterior. Ni siquiera podría tener la certeza de que dicha proposición futura presentará a un candidato que le resulte un poco más aceptable; y como su inconformidad puede lanzar cierto estigma sobre el individuo que rechazara y tener la apariencia de un reproche al primer magistrado, no es probable que su sanción sea negada a menudo, cuando no medien razones especiales y poderosas para ello”.

Algunos autores, comentando las intervenciones de algunos de los delegados, han señalado que también tuvo un peso importante en la solución adoptada la posición de los estados pequeños. Lógicamente, éstos se sentirían más cómodos otorgando el poder de confirmación de nombramientos al Senado, una cámara que les otorgaba el

mismo poder que a los estados más poblados²². Pero parece mayoritaria la opinión de que el principal consenso fue el alcanzado entre los partidarios de un gobierno más fuerte, que habrían preferido una nominación presidencial sin restricciones, y los partidarios de limitar los poderes del gobierno central, que habrían concedido todos los poderes de nombramiento a las cámaras²³.

Gerhardt, a quien hemos seguido en su análisis de los debates constituyentes, afirma²⁴ que la “*Appointments Clause*” fue finalmente un compromiso típico de la idea de separación y equilibrio de poderes de los “*Founding Fathers*”. El objetivo general de los constituyentes habría sido conseguir un gobierno equilibrado, a la vez poderoso y suficientemente controlado²⁵. Y esto se habría conseguido con un sistema que permite nominar al Presidente, que es un órgano político más fácil de controlar que una cámara legislativa, y que puede actuar con mayor eficacia y rapidez a la hora de elegir a las personas adecuadas. Por otra parte, se puede esperar que el Presidente tienda a ser menos “local” a la hora de otorgar cargos de lo que podría serlo un Senador. Y desde el punto de vista del control, se considera al Senado, en la línea indicada por Hamilton, lo suficientemente independiente como para velar porque el bien público no sea perjudicado por una designación presidencial.

2. 2. 2. Las dudas sobre el significado y valor interpretativo de los debates de la Convención.

²² GAUCH (1989), JILLSON (1988)

²³ HARRIS (1953)

²⁴ GERHARDT (2003) p. 28.

²⁵ FLAHERTY (1996)

Después de tantos años de estudios doctrinales y de interpretación jurisprudencial, parece fácil encontrar explicaciones sobre las razones de fondo por las que los “*founding fathers*” escogieron el sistema de nombramientos que finalmente se incorporó a la constitución. Entre otras razones, esto puede ser necesario porque la doctrina y los tribunales, especialmente el Supremo, han tenido que acudir a la “interpretación auténtica” para resolver algunas de las dudas planteadas sobre los respectivos poderes del Presidente y el Senado en el proceso de nominación.

Pero también existe un importante sector doctrinal y político que se ha mostrado muy escéptico sobre las posibilidades de encontrar alguna orientación en los debates de la Convención.

De hecho, no parece claro que en las discusiones apareciera una especial preocupación por velar por la independencia judicial. Más bien parece que los delegados sólo querían encontrar el mejor método para seleccionar jueces competentes y capacitados, y no personas escogidas por su proximidad a quienes habrían de nombrarlo²⁶. Pero obviamente, aunque esto no se planteara así de manera directa, la independencia judicial está implícitamente comprometida en un nombramiento debido a un favor político o personal. En cualquier caso, no es posible encontrar en los registros de la Convención ninguna referencia a la necesidad de que el Senado examinara las preferencias jurídicas o ideológicas de los candidatos para comprobar si podrían resultar aceptables. Sólo se habla de capacidades técnicas. Algunos han señalado que no era posible hablar entonces de preferencias ideológicas, porque el mismo concepto de

²⁶ GARDNER GEYH (2006), p. 183. “*The debates at the Constitutional Convention and the ratifying conventions did not dwell on the relationship between the appointments process and judicial independence. Rather, the founders were concerned primarily about judicial character and qualifications: they wanted an appointments process that would produce judges selected on the basis of their “intrinsic merit” (to borrow Hamilton’s phrase) rather than their political connections, family ties, or personal friendships*”.

ideología estaba aún por desarrollarse²⁷. Y tampoco era posible prever entonces hasta qué punto cada palabra de las deliberaciones y del texto constitucional sería utilizada por las diversas escuelas de pensamiento jurídico-constitucional para defender sus respectivas interpretaciones²⁸.

De hecho, parece más realista considerar que los padres constituyentes trataron de crear un equilibrio entre los poderes y no entre las ideologías o los partidos políticos, que no estaban entonces formados²⁹. Se trataba de evitar, como ya se ha señalado, que el Presidente pudiera convertirse en un Rey sin corona o que el Senado impidiera que el gobierno funcionara eficazmente. Pero no parece posible encontrar ningún rastro de referencias a un posible examen de la idoneidad ideológica del candidato, específicamente del Juez. Y como sabemos, esa clase de examen es el rasgo más característico del actual proceso de confirmaciones de nominaciones en el Senado, aunque pasaron muchos años antes de que dicha evolución se completase.

2. 2. 3. Las primeras nominaciones de jueces federales

²⁷ BALL y DAGGER (2006)

²⁸ WOLFE (1999), p. 357.

²⁹ Resultan interesantes las escépticas consideraciones de Balkin sobre las razones del afán por encontrar en los debates constitucionales pistas sobre el sentido del proceso de nominación de candidatos: *"I think it particularly unhelpful to assume that one can solve the problem by engaging in dueling quotations from the founding period about the proper roles of the Senate and the President. On this particular question, the Founders can be of little help. They did not believe that there would be a party system in the United States, and their imagined notion of the Presidency, as well as of the Judiciary itself, was far different from the reality of those institutions today. Offering quotations from the Founders about the power to advise and consent is the lawyer's familiar method of cloaking political disputes in legal forms, avoiding deep conflicts of value by anodyne appeals to superficially neutral questions of judicial and historical interpretation"*. BALKIN (2004) Así pues, los problemas que presenta en la actualidad el proceso de nominaciones serían problemas puramente políticos, y no habría manera de tratar de encontrar una solución "constitucional"; al menos, no acudiendo a interpretaciones originalistas. Gardner califica a esas interpretaciones de la discusión sobre nominaciones como "délficas": *"the originalist literature is sufficiently Delphic to permit widely varying interpretations. A clearer understanding of the Senate's role in the appointments process would therefore have to await senate interpretation and implementation of its powers to render advice and consent on a case-by-case basis"* GARDNER GEYH (2006), p. 186.

Originalmente, el Tribunal Supremo estuvo formado por seis miembros: el *Chief Justice* y cinco *Associate Justices*. En abril de 1789 George Washington tomó posesión como primer Presidente de los EEUU. Durante la primavera y el verano de aquel año, Washington trató de reunir información sobre posibles candidatos pero no envió sus primeras nominaciones al Senado hasta finales de septiembre, después de haber nombrado ya a todos los demás altos cargos de las instituciones federales. El propio Presidente afirmó que había dejado hasta el final las nominaciones de Jueces del Supremo porque consideraba que estos nombramientos eran los más importantes³⁰. Las especulaciones sobre quiénes podrían ser los escogidos comenzaron muy pronto, incluso antes de que el Presidente tomara posesión. La prensa de la capital predijo antes del verano que John Adams sería el primer *Chief Justice*, aunque éste no había manifestado aspirar al cargo y terminaría por ser nombrado Vicepresidente de los EEUU³¹.

Washington insistió en público en varias ocasiones en que los primeros jueces del Tribunal deberían ser firmes defensores de la Constitución³². Así, su propuesta para la presidencia del Tribunal recayó en John Jay, uno de los autores de los *Federalist Papers*, el más célebre escrito de defensa de la Constitución, de 1787. De sus cinco propuestas para los otros cinco puestos, tres (John Blair, John Rutledge y John Wilson) habían sido delegados en la Convención Constitucional y dos de ellos, Rutledge y Wilson habían formado parte del Comité que redactó el texto final. Los otros dos

³⁰ BARRY (1993) p. 351. El autor señala además que los nombres llegaban al Presidente por medio de cartas en las que los propios candidatos exponían sus méritos. Washington guardaba esas cartas en un cajón y tenía la costumbre de abrirlo “*spreading the items in front of callers and bringing up the subject for comment, while he would listen to the arguments about the various candidates*”.

³¹ MALTESE (1995), MARCUS y PERRY (1985) Maltese cita abundantemente cartas y artículos de prensa de aquellos años obtenidos de: “*The Documentary history of the Supreme Court of the United States, 1789-1800*”, publicado por Columbia University Press en New York, en 1985 y editado por MARCUS, MAEVA y JAMES R. PERRY.

³² ABRAHAM (1999) p. 71-72.

tampoco ofrecían dudas. William Cushing había sido el Vicepresidente de la Convención convocada en Massachusetts para ratificar la Constitución y la había defendido con gran fuerza. Y Robert Harrison había sido secretario personal del Presidente durante la guerra contra los ingleses, por lo que tampoco planteaba a Washington ninguna incógnita como futuro defensor de la Constitución³³.

Otro factor importante en esas primeras nominaciones pareció ser el reparto territorial. Los primeros seis jueces procedían de seis estados distintos: Nueva York, Carolina del Sur, Pennsylvania, Massachusetts, Maryland y Virginia. Y conviene recordar que tal reparto no venía exigido en la Constitución, y probablemente confirma en parte lo dicho anteriormente sobre la importancia de equilibrar el poder de los estados como uno de los objetivos del acuerdo final sobre la “*Appointments Clause*”. Probablemente también fue una respuesta a las campañas emprendidas en muchos periódicos estatales que proponían nombres de candidatos locales para el Tribunal Supremo³⁴. Ya desde el principio la opinión pública parece haber tenido un peso muy importante en las nominaciones, lo que será una de las líneas conceptuales más importantes de este trabajo.

La primera discusión en el Senado de las nominaciones fue brevísima. El Presidente envió el nombre de sus designados el día 24 de septiembre de 1789 y el Senado confirmó los seis nombres por unanimidad dos días después. Uno de ellos, Harrison, tenía graves problemas de salud y rechazó el nombramiento después de la confirmación del Senado. Washington y Hamilton trataron de hacerle rectificar y estuvieron a punto de conseguirlo, pero tras varios meses de cortés insistencia y

³³ MALTESE (1995) p. 24.

³⁴ MARCUS y PERRY (1985) p. 606-612.

negativas igualmente cálidas, Harrison declinó definitivamente el puesto en enero³⁵ y el Presidente tuvo que presentar al Senado en febrero un nuevo candidato. La persona propuesta fue James Iredell, de Carolina del Norte, con lo que se continuaba con la práctica de repartir los puestos entre el mayor número posible de estados. El Senado confirmó nuevamente el nombramiento en sólo dos días. En los tres años siguientes, Washington tuvo que proponer dos nombres más para rellenar dos nuevas vacantes, y las confirmaciones volvieron a ser rápidas y unánimes³⁶. Pero esa dinámica cambiaría en 1795, con la nominación de John Rutledge como *Chief Justice*.

2. 2. 3. El primer rechazo del Senado: John Rutledge

Ya se ha mencionado que John Rutledge había sido confirmado de forma unánime en el Senado como *Associate Justice* del Tribunal Supremo en 1789. Sus credenciales parecían impecables, y el Presidente se había planteado entonces escogerle como el primer *Chief Justice* del Tribunal. Había sido el jefe de la delegación de Carolina del Sur al primer Congreso Continental de 1774. Había sido anteriormente Presidente de la República de Carolina del Sur y pasó a ser el Gobernador cuando ésta se convirtió en Estado. En la Convención de Filadelfia presidió el Comité encargado de redactar el borrador de la Constitución. Dos años después de ser elegido y confirmado para el Tribunal Supremo Federal, en 1791, dimitió de su cargo para presidir el Tribunal Supremo de Carolina del Sur. Pero en 1795, el John Jay dejó su cargo de *Chief Justice* del Tribunal Supremo para convertirse en Gobernador del estado de Nueva York, y la

³⁵ Harrison fallecería en abril de ese mismo año, confirmando sus temores sobre su incapacidad física para asumir el cargo.

³⁶ Se trató de Thomas Johnson en 1791 y William Patterson en 1793.

presidencia del Tribunal Supremo de los EEUU se encontró vacante. Rutledge se apresuró a escribir a George Washington solicitando el puesto³⁷.

En esos mismos días del verano de 1795, la Administración hizo públicos los términos del llamado “Tratado Jay”, negociado por el antecesor de Rutledge, en el que se arreglaban las diferencias con Inglaterra en varias cuestiones comerciales y de fronteras³⁸. El propósito no declarado del Tratado era asegurar a los británicos la neutralidad norteamericana en la guerra que éstos sostenían con Francia. Y esto suponía un rechazo de los acuerdos de alianza firmados con Francia en 1774. El Tratado provocó una gran división política en el país, que se inclinaba mayoritariamente a favor de apoyar a Francia en su lucha contra Inglaterra. La disputa en torno al Tratado hizo más definido el papel de los nacientes partidos políticos. La crítica de la labor de Jay fue encabezada por Thomas Jefferson, líder del emergente partido Demócrata-republicano. Los Federalistas, liderados por Hamilton, defendieron la negociación con Inglaterra.

Paralelamente, Washington había decidido llenar la vacante en la presidencia del Supremo a pesar de que el Senado no se hallaba ya en período de sesiones, según le permitía en esos casos la Constitución. Para ello escogió a John Rutledge, que fue nombrado temporalmente para el puesto sin confirmación. Pero el problema se presentaría cuando justo después de recibir el nombramiento, Rutledge pronunció en Charleston un duro y destemplado discurso³⁹ contra los términos del Tratado Jay. Criticó

³⁷ MARCUS y PERRY (1985), 94-95.

³⁸ No deja de ser curioso que Jay negociara ese Tratado como Embajador especial de los EEUU en Francia, sin dejar de ser a la vez el Chief Justice del Tribunal Supremo. La situación se repetiría con su sucesor en la presidencia del Tribunal, Oliver Ellsworth, que también desempeñó su cargo siendo a la vez embajador en el Reino Unido. En aquella época el Tribunal tenía poco trabajo y no demasiado prestigio. Varios jueces presentaron su dimisión en diferentes momentos por no encontrar suficiente motivación en sus cargos. SCHWARTZ (1993), p. 27-28. El autor recoge unas palabras significativas de un periódico de la época: “*That the Chief Justiceship is a sinecure needs no other evidence, than that in one case the duties were discharged by one person who resided at the same time in England; and by another during a year’s residence in France*”.

³⁹ BARRY (1993), p. 355.

con fuerza la política británica y se mostró partidario de la alianza con Francia. Además de su posición en la cuestión internacional, hay que tener en cuenta que años antes Rutledge había aspirado a ser el primer *Chief Justice* del Tribunal Supremo, y se había sentido postergado en favor de Jay, al que consideraba con menos méritos para optar al puesto⁴⁰.

El hecho es que la prensa que se oponía al Tratado utilizó el discurso de Rutledge -del que ya se conocía su reciente nombramiento como *Chief Justice* temporal- como punta de lanza del ataque a la Administración. Y como reacción, los periódicos que se propusieron la defensa de las posiciones Federalistas, centraron sus ataques en la figura de Rutledge.

En aquellos años comenzaba el fenómeno, que ahora no podría sorprendernos, de la alineación de los periódicos más importantes con la posición de los principales partidos políticos⁴¹. Durante los debates de la Convención la prensa no se había identificado de manera clara con grupos políticos específicos. Pero cuando el gobierno federal trasladó su sede a Nueva York, Alexander Hamilton fundó “*The Gazette of the United States*”, como un periódico al servicio de la defensa de los ideales Federalistas⁴². Y según cuenta Maltese⁴³, citando a Smith⁴⁴, el gobierno federal premió al editor de “*The Gazette...*” otorgándole la concesión de la impresión de las leyes y de las órdenes del Departamento del Tesoro. Pocas cosas parecen haber cambiado desde entonces. Cuando el gobierno se trasladó a Filadelfia en 1791, “*The Gazette...*” se movió también.

⁴⁰ MALTESE (1995), p. 29. En una carta dirigida al Presidente Rutledge le decía que varios de sus amigos se habían disgustado al saber que aceptaba un puesto de *Associate Justice* en el Supremo cuando “*his pretensions to the Office of Chief Justice were, at least, equal to Mr. Jay’s, in point of Law-Knowledge, with the Additional Weight, of much longer Experience, & much greater Practice*”.

⁴¹ SMITH (1977), p. 12.

⁴² RUBIN (1981), p. 11.

⁴³ MALTESE (1995), p. 28.

⁴⁴ SMITH (1977), p. 13.

Y allí se encontró con el que se convertiría en su rival más importante, “*The National Gazette*”, que representaba los puntos de vista de los demócrata-republicanos liderados por Jefferson. Probablemente la rivalidad entre estos periódicos agrandó aún más la distancia entre Jefferson y Hamilton y contribuyó mucho a la creación y definición de sus respectivos partidos políticos⁴⁵.

El caso es que los Federalistas, como decíamos, atacaron con mucha dureza la figura de Rutledge. La impresión entre los Federalistas que se encontraban entonces en el gobierno, comenzando por Hamilton, fue la de haber sido traicionados por uno de los suyos. El Secretario de Estado, Edmund Randolph, escribió al Presidente para decirle que compartía algo que le había transmitido el Secretario de Guerra, a saber, que la conducta del recién nombrado *Chief Justice* —el tono de su discurso contra el Tratado— era una prueba de su locura⁴⁶. En esos mismos días, Alexander Hamilton, que hasta hace pocos meses había sido el Secretario del Tesoro, publicó bajo seudónimo un artículo en el que afirmaba que Rutledge había pronunciado su discurso en un “delirio de rabia”⁴⁷.

De inmediato comenzaron también las investigaciones y acusaciones relacionadas con su vida privada. Rutledge fue acusado de haber contraído deudas que no podría pagar y se especuló en algunos medios con la posibilidad de que varias demandas inminentes le llevaran a la cárcel. Los periódicos ligados a Jefferson trataron de defenderle con argumentos parecidos, y la polémica se extendió por todo el país.

Por fin, en diciembre de 1795, el Presidente envió formalmente el nombramiento al Senado para que el puesto temporal de Rutledge se convirtiera en definitivo.

⁴⁵ MOTT (1950), p. 124.

⁴⁶ MARCUS y PERRY (1985), p. 773.

⁴⁷ “*In a delirium of rage*” MARCUS y PERRY (1985), p. 776.

Hamilton comenzó una eficaz campaña personal entre los senadores para tratar de impedir el nombramiento, centrando los motivos del rechazo en que el candidato estaba manifiestamente loco. Ningún senador llegó a ver a Rutledge, ni éste compareció ante la cámara⁴⁸. El 15 de diciembre, su candidatura fue rechazada por 14 votos contra 10.

Maltese⁴⁹ hace notar que la nominación de Rutledge no sólo fue la primera en ser ampliamente debatida por la prensa en todo el país, sino que además fue el primer debate público del Senado. En aquellos años no existía una publicación oficial del Congreso que recogiera los debates. Pero así como en la Cámara de Representantes se permitió el acceso de los periodistas desde el principio, el Senado realizó sus deliberaciones en secreto hasta 1795. Al final del periodo de sesiones de aquel año el Senado encargó la construcción de unas galerías para el acceso de público y en diciembre se abrieron sus sesiones por primera vez. Y la primera de ellas fue la del debate de confirmación de Rutledge⁵⁰.

El contexto periodístico del debate es muy importante porque permite comprender hasta qué punto se experimentó entonces -por primera vez- un escrutinio público y muy radicalizado por las posiciones partidistas, de la figura personal de un candidato propuesto por el Presidente para ocupar un puesto en el Tribunal Supremo. Este proceso se repetiría después en muchas otras ocasiones, y se ha convertido en uno de los mecanismos más peculiares y característicos de la democracia norteamericana⁵¹.

⁴⁸ BARRY (1993), p. 357.

⁴⁹ MALTESE (1995), p. 30.

⁵⁰ GROTTA (1971) Los mismos medios de opinión se encargaron de subrayar la relevancia de la apertura al público de las sesiones en relación con la confirmación. Al día siguiente de la votación que rechazó a Rutledge (el 16 de diciembre) el *Philadelphia Columbian Centinel* escribió que “[The] opening of the doors of the Senate, though very inconvenient on the account of the building, will open the eyes of many people; who will therein see many of the first rate talents, patriotism and firmness. The negative they have put on the nomination of [Rutledge] is an instance of the latter”. MARCUS y PERRY (1985), p. 99.

⁵¹ Así, el ya citado Maltese concluye su comentario del proceso afirmando que “*To use modern parlance, Jon Rutledge had been “Borked”*”. Obviamente, se refiere al caso de Robert Bork en 1987 –

En las nominaciones de las últimas décadas, como se analizará en este trabajo, el debate público ha sido aún más intenso.

2. 2. 4. Las luchas partidistas por los nombramientos. El “*spoils system*”.

El caso de Rutledge levantó la veda de las luchas de partido en torno a los nombramientos, de manera que las capacidades o la personalidad del candidato resultaban prácticamente irrelevantes. Lo importante era infligir una derrota política al partido que había propuesto la nominación y dificultar su tarea de gobierno. George Washington y John Adams sólo propusieron candidatos federalistas para el Tribunal Supremo. Pero cuando los Demócrata-republicanos les arrebataron la Presidencia y el Senado en las elecciones de 1800, los federalistas salientes pasaron sus últimas noches creando puestos judiciales y nombrando para ocuparlos a fieles correligionarios que habían perdido sus empleos pasados o futuros como consecuencia de la derrota electoral. Como es sabido, aquellos “*midnight appointments*” de John Adams serían la causa de la sentencia más célebre del Tribunal Supremo, la dictada en el caso *Marbury v. Madison*⁵². Conviene detenerse brevemente en los hechos que estuvieron en la base de

doscientos años después- con el que compartiría el sometimiento a un intenso escrutinio público y el rechazo a su nominación en el Senado en medio de una gran polémica. MALTESE (1995), p. 31.

⁵² 5 U.S. (1 Cranch.) 137 (1803)

aquella disputa para comprender mejor el modo en que la lucha entre los partidos empezaba a ser decisiva en el sistema de nombramiento de magistrados.

El 17 de febrero de 1801, Thomas Jefferson fue elegido Presidente de los EEUU. Pero no tomaría posesión de su cargo hasta el 4 de marzo de ese mismo año. Y en las tres semanas escasas que transcurrieron entre esas dos fechas, el Presidente Adams y el Congreso dominado aún por los federalistas aprobaron la *Judiciary Act*, que reformaba por completo la organización judicial. La ley establecía 10 nuevas *District Courts*, y duplicaba las 3 *Circuit Courts* existentes, que además veían aumentado el número de jueces que las integraban. También se reducía el número de jueces del Tribunal Supremo de 6 a 5, pero se establecía que esa reducción sería efectiva cuando se produjera la primera vacante. Pero lo más agresivo de la conducta de los federalistas vendría después de la aprobación de la ley. En aplicación de ésta, el 2 de marzo –dos días antes de la toma de posesión de Jefferson, el Presidente Adams nombró a 16 federalistas para las nuevas vacantes en las *Circuit Courts* y a otros 42 federalistas para diversos puestos judiciales creados por la nueva legislación. Los nombramientos fueron confirmados en bloque al día siguiente por el Senado, pero para su entrada en vigor era necesario que fueran entregados a sus destinatarios. Y esa labor le correspondía a John Marshall, Secretario de Estado de Adams que ya había sido nombrado *Chief Justice* del Tribunal Supremo. Sólo quedaba una noche, y Marshall dejó encargada la tramitación de los nombramientos. Al día siguiente, Jefferson tomó posesión y ordenó de inmediato a Levi Lincoln, su nuevo Fiscal General y Secretario de Estado en funciones, que bloqueara todos los trámites. Algunas de las comisiones ya se habían enviado a sus destinatarios pero otros se encontraron sin nombramiento oficial y sin poder tomar posesión de sus cargos. Uno de ellos fue William Marbury, al que había correspondido un puesto federal de juez de paz en el Distrito de Columbia. Por otra parte –y aquí está

el origen del *Judicial Review*- la sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789 otorgaba al Tribunal Supremo jurisdicción para dictar órdenes a funcionarios públicos⁵³ (los *writs of mandamus* clásicos del *common law*). Con esa base legislativa, Marbury interpuso un recurso ante el Supremo solicitando que se ordenase al Secretario de Estado Madison, ya en posesión de su nuevo cargo, que desbloqueara su nombramiento federal.

El final de la historia es muy conocido. John Marshall era ahora el *Chief Justice* del Tribunal Supremo. Y la sentencia que dictó en el caso Marbury pondría los fundamentos del “*Judicial Review*”, creando la primera jurisdicción constitucional⁵⁴. Pero lo que aquí nos interesa es observar que la lucha entre los partidos comienza a resultar decisiva en los nombramientos judiciales. Y esto era algo que no había sido previsto por los delegados de la Convención Constitucional.

Por otra parte, la sentencia de Marshall traía consigo un cambio absoluto en la posición del Tribunal Supremo dentro del sistema de “*checks and balances*” de la Constitución. Y ese cambio transformaría también el sentido mismo de las nominaciones. Pero el Tribunal tardaría muchos años en asentar su recién adquirido *judicial review*, y los políticos y los ciudadanos tampoco percibieron los cambios de modo inmediato. De momento, el Tribunal seguía siendo fundamentalmente un botín de puestos interesantes por el que se peleaban los partidos.

⁵³ “*The Supreme Court shall have (...) power to issue (...) writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States*”.

⁵⁴ Aunque para los norteamericanos la expresión “jurisdicción constitucional”, tan utilizada en Europa, no es aplicable al Tribunal Supremo. Éste sólo es un tribunal, aunque le corresponda ser la última instancia de apelación. Pero no es un tribunal constitucional. Se limita a solucionar casos concretos y si decide inaplicar una norma por considerarla inconstitucional está haciendo lo que cualquier otro juez puede hacer: un juicio de jerarquía normativa. Y su decisión tiene valor general por el sistema de *stare decisis*, que obliga al resto de jueces a someterse a ese precedente de inaplicación de una norma. Pero no porque el Tribunal la elimine del ordenamiento. Sólo en los últimos años la doctrina americana está asumiendo que, de hecho, el Supremo se ha convertido en un Tribunal Constitucional. POSNER (2005)

Durante todo el siglo XIX fueron nombrados 58 jueces del Tribunal Supremo. Y sólo tres de ellos pertenecían a un partido distinto al del Presidente que los nominó. Es una proporción que muestra con claridad hasta qué punto los partidos dominaban de un modo casi absoluto las nominaciones⁵⁵. La primera excepción se produjo con el Presidente John Tyler (1841-1845), que protagonizó una de las presidencias más débiles de la historia de la institución. Tyler tuvo que sufrir que el Senado rechazara casi todas sus nominaciones, incluyendo cuatro miembros de su propio Gobierno, cuatro candidatos al Tribunal Supremo y varios embajadores. Tras ver cómo los senadores de su partido rechazaban a varios candidatos *whigs*, y con dos vacantes pendientes en el Supremo, acabó por nominar a un demócrata⁵⁶. Parece claro que la excepción de Tyler fue una prueba más de la fuerza de los partidos en las nominaciones. La segunda vez que un Presidente buscó un candidato fuera de su partido las circunstancias eran muy diferentes. Se trataba del republicano Abraham Lincoln, que tuvo la oportunidad de nombrar a cinco jueces del Tribunal. Su tercer candidato, escogido en 1863, fue un demócrata. Pero a diferencia del caso de Tyler, en esta ocasión el Presidente no se encontraba en una posición política débil. El Congreso había creado un nuevo *Circuit*, una nueva zona judicial que incluiría a California y Oregón, y se esperaba que Lincoln escogiera a un *Associate Justice* californiano, bien asentado en el estado y con apoyos políticos de peso. Y le pareció que el mejor candidato era Stephen Field, un demócrata que contaba con el respaldo de Leland Stanford, el gobernador republicano de California. El Senado, dominado por los republicanos, confirmó el nombramiento por

⁵⁵ GERHARDT (2003), p. 55. El autor enumera las razones por las que este “spoils system” resultaba tan sólido: “*because of the persistent needs to repay political or personal debts, provide incentives to supporters, secure party support for reelection and ensure the faithful implementation of a president’s preferred policy objectives and the success of legislative initiatives*”.

⁵⁶ Samuel Nelson, que era hasta entonces el Chief Justice del Tribunal Supremo de Nueva York.

unanimidad. Ésta sí que parece una excepción al dominio partidista y podría entenderse como un presagio de cómo evolucionaría el sistema en el siglo XX.

Conviene tener también en cuenta que a partir del mandato de Andrew Jackson, se generalizó el llamado “*spoils system*”, por el que la Administración que tomaba posesión de la Casa Blanca se sentía con derecho a cesar a casi todos los cargos nombrados por el Presidente anterior y sustituirlos por los “suyos”, entendiéndose por tales no tanto los que se encontraran en sintonía ideológica con el Presidente sino sobre todo los que le hubieran apoyado en su ascenso al poder y pudieran seguir siendo una ayuda importante para su mantenimiento en el mismo. Esta manera de obrar afectaba principalmente a los puestos ejecutivos, pero también se acabó extendiendo a los nombramientos judiciales.

Los presidentes anteriores a Jackson no estaban seguros de su capacidad para cesar a personas nombradas por sus predecesores, ni siquiera en el caso de los miembros del Gabinete. John Adams mantuvo a casi todo el Gobierno de George Washington, a pesar de la abierta diferencia de criterio que mantenía con algunos de ellos. Jefferson anunció al principio de su mandato que toleraría diferencias de opinión dentro de su administración, pero también afirmó que la voluntad de la nación imponía que el gobierno actuara de acuerdo con las opiniones de los que habían sido elegidos por el pueblo⁵⁷. Jefferson fue relativamente moderado en esta materia, pero al final de 1803 había colocado ya a republicano-demócratas en la mitad de los cargos del Gobierno. Los dos Presidentes que sucedieron a Jefferson, Madison y Monroe, fueron de su mismo partido, y realizaron pocas sustituciones. El sexto Presidente, John Quincy Adams, casi no realizó cambios. Pero sería Andrew Jackson, elegido en 1829, quien daría comienzo

⁵⁷ “(...) *Will of the nation calls for an administration of government according with the opinions of those elected*”. GERHARDT (2003), p. 53.

a lo que se conocería como “*spoil system*”, o sistema de “botín”. Durante su presidencia, fueron sustituidos casi el 20 por ciento de los funcionarios federales de todos los niveles⁵⁸. El proceso se repetiría cada cuatro años durante el siguiente cuarto de siglo, ya que el control de la presidencia pasó de un partido a otro en varias ocasiones consecutivas. La tendencia culminó en Abraham Lincoln, que destituyó a 1.457 cargos de los 1.639 que estaban a su disposición. Lincoln no tuvo inconveniente en reconocer que había distribuido casi todos los cargos a personas de su partido, y afirmó que esa era la única forma de vincular a los jefes políticos locales con la persona y los principios del Presidente⁵⁹.

Con el paso de los años, y pese a los intentos de reforma de Theodore Roosevelt o Woodrow Wilson, que trataron de fortalecer la administración acercándola al modelo del *civil service* británico, el *spoil system* no perdió fuerza y sigue siendo un rasgo típico del gobierno federal norteamericano.

En cualquier caso, desde el principio el Senado se comportó siempre de una manera distinta según se tratara de nombramientos ejecutivos o judiciales. En el caso de los primeros, se concedía al Presidente un margen mucho más amplio de elección que en los nombramientos judiciales. En opinión de Gerhardt, esto sucede porque, una vez confirmados, el control de la labor de los jueces es prácticamente imposible. En el caso de los funcionarios, por el contrario, el Presidente siempre tiene la posibilidad de destituirlos y el Congreso puede supervisar su actividad y convocarles a dar explicaciones ante los comités correspondientes o incluso ante una Comisión de

⁵⁸ WHITE (1954) p. 308.

⁵⁹ DONALD (1956) p. 71-72.

Investigación. Además, los jueces federales son completamente inmunes a cualquier represalia política al alcance de un senador, cosa que no sucede con los funcionarios⁶⁰.

2. 3. LA INTERPRETACIÓN INICIAL DE LA “*APPOINTMENT CLAUSE*”

Antes de continuar con el modo en que se desarrolló el proceso de nominaciones, conviene detenerse ya en algunas de las primeras discusiones planteadas en torno al modo en que habría de interpretarse el texto constitucional a la hora de llevar a la práctica la elección y confirmación de jueces.

2. 3. 1. El poder de “*advice*” y “*consent*” del Senado

El límite que el precepto establece a la capacidad del Presidente de nombrar jueces –y otros funcionarios- es que deberá hacerlo “*with the advice and consent of the Senate*”. Pero la lectura jurídica del término “*advice*”, que podría traducirse como consejo o asesoramiento, no es tan unívoca como pudiera parecer.

Una de las primeras cuestiones que se plantearon fue la de si el Senado debía o podía tener algún papel en la elección del candidato, es decir, en lo que suele designarse como “nominación”. Algunos autores⁶¹ han considerado que la interpretación literal del

⁶⁰ GERHARDT (2003) p. 63: “*executive officials remain much more accountable than judges after confirmation because of presidential removal power and congressional oversight, and senators are much more wary of what federal judges will do once they are confirmed than they are about executive officials because the former wield enormous power under circumstances in which they are largely immune to political retaliation once they are in office*”.

⁶¹ BLACK (1970), pp. 657-659.

término “*advice*”, que tiene el mencionado significado de consejo, implica un papel activo del Senado en la elección del candidato, aunque sólo lo sea en un sentido consultivo. Otros han sacado conclusiones distintas afinando una clásica interpretación gramatical. Así, McGinnis⁶² indica que la elección (*act of nomination*), está separada del nombramiento (*act of appointment*) por una coma y una conjunción. Y el “*advice and consent*” sólo podría entenderse aplicado a este último, al nombramiento. De esta forma, el Senado sólo tendría un papel relevante en la confirmación, aceptación o rechazo, del nombramiento. Pero toda la fase anterior, la de la elección del candidato, sería potestad exclusiva del Presidente. En la historia de las nominaciones se han dado bastantes casos en los que un candidato confirmado por el Senado no ha aceptado la nominación, o ésta ha sido retirada por el Presidente⁶³. La interpretación de Hamilton en *The Federalist* irá en la misma línea, al afirmar que el Senado sólo puede rechazar o aceptar, pero en ningún caso escoger a un candidato⁶⁴.

De hecho, la realidad política ha mostrado que los Presidentes han consultado con mucha frecuencia a algunos de los senadores importantes de cada momento los nombramientos más importantes, incluyendo los de los Jueces del Tribunal Supremo. Pero parece que en la mayor parte de los casos se trataba de saber si habría dificultades para conseguir la confirmación, más que de pedir consejo sobre cuál podría ser el mejor candidato. En cualquier caso, ningún Presidente se ha expresado públicamente en el

⁶² MCGINNIS (1993), p. 639.

⁶³ Entre ellos se cuentan los casos de algunos de los más ilustres magistrados del Tribunal. John Jay declinó un segundo mandato como *Chief Justice* cuando ya había sido confirmado en el Senado, y John Marshall rechazó también el puesto de Fiscal General para el que ya había recibido la aprobación del Senado. GERHARDT (2003), p. 30.

⁶⁴ HAMILTON, JAY and MADISON (1994), LXVI.

sentido de sentirse obligado por la Constitución a consultar al Senado antes de formular su propuesta de nominación⁶⁵.

No obstante lo dicho, permanece la objeción de que si el Senado no tiene que ser consultado antes de la elección del candidato parece que sólo es necesario su “*consent*”, y el poder de “*advice*” no añadiría nada a lo anterior y sería casi una cláusula retórica. Algunos han indicado que el contenido específico del “*advice*” podría significar que el Senado puede dar, por iniciativa propia, indicaciones generales o específicas sobre el modo en que el Presidente debería elegir candidatos para determinados puestos, por ejemplo diplomáticos o jueces. Quizá si no figurara la palabra “*advice*” en el texto constitucional, una iniciativa semejante del Senado podría ser impugnada por el Presidente por vulnerar la separación de poderes⁶⁶.

2. 3. 2. Posibles restricciones al poder del Presidente

⁶⁵ Tampoco exige la Constitución que el Presidente motive su nombramiento, aunque de hecho suele hacerlo. Y por la misma razón, el Senado no tiene por qué explicar sus razones si decide no confirmar al candidato. El propio George Washington lo explicaba de manera lapidaria en una frase que se recuerda con frecuencia en los actuales debates sobre nominaciones: “*As the President has a right to nominate without assigning his reasons, so has the Senate a right to dissent without giving theirs*”. ABBOT y TWOHIG (1987), p. 401. Las palabras del primer Presidente de los EEUU reflejan con bastante franqueza el espíritu práctico con el que los políticos norteamericanos suelen entender los “*checks and balances*” de su Constitución, más allá de las disquisiciones teóricas. No se trata de saber quién será el mejor funcionario o el mejor juez, ni tampoco de establecer unos requisitos específicos. Y tampoco es necesario que el Senado o el Presidente den explicaciones sobre sus candidatos. Ya se entiende que no siempre sus decisiones serán estrictamente técnicas; muchas veces habrá razones de conveniencia política tanto en los nombramientos como en las confirmaciones. Pero esto es inevitable. Lo importante es que el Presidente pueda nombrar y el Senado pueda decidir si confirma o no al candidato. De esa forma, ambos controlarán sus respectivos excesos, y los votantes podrán juzgar en última instancia.

⁶⁶ GERHARDT (2003), p. 34. “*If the word “advice” were not in the Appointment Clause, the president could object on separation-of-powers grounds to the attempt of one or more senators to give him advice on the kinds of nominations he should make. He could argue that the Senate’s formal role in the process does not begin until after he has formally made a nomination and that such advice injects the Senate or the senator(s) improperly into a realm that is exclusively the president’s. Instead, the Constitution allows a president to object on the narrower ground that he is not bound to take any advice from the Senate regarding nominations generally or in particular cases, and the senate can respond that a president makes such a refusal at the risk of having his nominee(s) rejected*”.

Algunos de los delegados de la Convención, muy pocos y en escasas ocasiones⁶⁷, expresaron sus deseos de que el Presidente nombrara para los cargos personas suficientemente preparadas, y se plantearon la posibilidad de incluir alguna condición de ese estilo en el texto constitucional. Pero parece que el ambiente era claramente favorable a no limitar la prerrogativa presidencial y el asunto de las credenciales de los nominados apenas fue discutido. Como consecuencia, el precepto no exige ninguna preparación específica. No es exigible, por tanto, que los Jueces del Supremo tengan que ser juristas o que los Embajadores hayan de escogerse entre los diplomáticos de carrera. Y a la vista de las conclusiones de los párrafos anteriores, tampoco parece que el Senado pudiera dictar normas generales en ese sentido sin arriesgarse a incurrir en un acto inconstitucional por violación de la separación de poderes.

Otra posible restricción habría sido la de impedir de alguna manera que el Presidente pudiera proponer un candidato de un perfil muy parecido al que haya sido rechazado por el Senado. O establecer algún cauce arbitral que permitiera una salida en el caso de que la cámara rechazara consecutivamente a dos candidatos para el puesto. Dado que la Constitución no incluye previsiones en este sentido, el Presidente tendrá siempre una posición mucho más fuerte que el Senado⁶⁸. Y éste se cuidará mucho de poner en juego su capital político rechazando dos nominaciones si no tiene muy clara la

⁶⁷ MARCUS y PERRY (1985), pp. 73-74.

⁶⁸ Un buen ejemplo de la fortaleza de la posición presidencial puede verse en el caso de Charles Pickering. Pickering es un juez de Mississippi que fue propuesto en 2001 por George W. Bush para ocupar una plaza de juez federal en el *5th District Court of Appeal*. El Comité Judicial del Senado, entonces dominado por los demócratas, denegó la confirmación, por considerar que el candidato planteaba serias dudas en materia de discriminación racial y libertades civiles. En las elecciones legislativas de 2002, los republicanos recuperaron el control del Senado y el Presidente volvió a nominar a Pickering para el mismo puesto. Los senadores demócratas, en minoría, decidieron emplear el recurso extremo del filibusterismo para bloquear la nominación, impidiendo su votación durante el período de sesiones. Como respuesta, el Presidente Bush utilizó el nombramiento “temporal” previsto por la Constitución para los casos en los que la cámara no está reunida.

absoluta inidoneidad del candidato y su propia capacidad para explicarle al país su oposición al Presidente. Se trata, como ya vimos, de la misma conclusión a la que había llegado Hamilton⁶⁹.

Además, hay que hacer también referencia al hecho de que la Constitución no remite al Senado a un procedimiento específico para llevar a cabo la confirmación. Y esto también parece jugar a favor del Presidente. En ausencia de una mayoría específica, hay que entender que la mayoría simple en el Senado es suficiente para confirmar a un candidato. Por comparación, la aprobación de una ley requiere la mayoría simple en ambas cámaras y la firma del Presidente (y si éste decide vetarla, será necesaria una mayoría de dos tercios del Congreso para poder levantar el veto). La aprobación de tratados internacionales requiere una mayoría de dos tercios en el Senado. Y el “*impeachment*”, el proceso de destitución de altos cargos políticos o judiciales, requiere una mayoría simple en la Cámara Baja para conseguir la acusación y una mayoría de dos tercios en el Senado para aprobar la destitución. Así pues, el Presidente sólo necesita convencer a la mitad de los senadores para conseguir sacar adelante a su candidato. Y esto resulta una carga bastante más ligera que la necesaria para conseguir otros objetivos políticos como los mencionados.

Por otra parte, y aunque sea algo difícil de aprehender jurídicamente, existe también algo que algunos autores llaman “*presumption of confirmation*”, una presunción de que la persona escogida por el Presidente de los EEUU para un cargo importante debe ser capaz de desempeñarlo⁷⁰. Por esa razón, los debates de confirmación no suelen tratar sobre los méritos del candidato, sino más bien sobre si existen razones que pudieran hacerlo inadecuado para el puesto. Parece que deben ser

⁶⁹ HAMILTON, JAY y MADISON (1994), p. 76.

⁷⁰ GERHARDT (2003), p. 43.

los que se oponen a la nominación los que destruyan la “presunción de nominabilidad”, por decirlo de alguna forma, del candidato. En algunos casos se ha intentado revertir este reparto de la “carga de la prueba”⁷¹, pero es algo difícil de articular por medio de reformas de los reglamentos parlamentarios⁷².

Así pues, parece claro que no resulta fácil defender la existencia de ninguna restricción constitucional específica al poder de nominación concedido al Presidente. Ni aparecen tales limitaciones en el texto de la Constitución ni se han establecido convencionalmente ni las ha exigido la jurisprudencia del propio Tribunal. Más bien parece, como ya se ha dicho citando las primeras interpretaciones de *The Federalist Papers*, que la voluntad de los constituyentes fue que el Senado sólo pudiera rechazar las nominaciones presidenciales por motivos muy grave y excepcionales.

2. 4. PRIMERAS EVOLUCIONES DEL SISTEMA DE NOMBRAMIENTO DE JUECES.

2. 4. 1. El papel del Senado. El inicio de la “Senatorial Courtesy”.

El caso de Rutledge fue el primero en el que el Senado denegó la confirmación a un candidato al Tribunal Supremo, pero la primera negativa a confirmar un nombramiento del Presidente había tenido lugar algunos años antes, en 1789. El

⁷¹ Así sucedió por ejemplo en octubre de 1991, durante los debates de confirmación de Clarence Thomas, nominado por George H. W. Bush para ocupar una vacante en el Supremo. La discusión fue especialmente tensa y polémica, como se verá más adelante, a causa de las acusaciones de acoso sexual que se habían formulado contra Thomas. En el transcurso del debate, los senadores Al Gore y Paul Simon afirmaron que eran el juez y el Presidente quienes tenían que convencer al Senado de la idoneidad de la candidatura, y no al revés.

⁷² GERHARDT (2000), p. 113.

Presidente Washington escogió a Benjamin Fishbourn como Oficial Naval del puerto de Savannah. Pero los dos senadores de Georgia habían pensado en otra persona para el cargo y el resto de sus colegas se solidarizó con ellos negando la confirmación del nombramiento. Así comenzó la tradición de la llamada “*senatorial courtesy*”, por la que el Presidente delegaba en los senadores locales de su partido la designación de los puestos federales de sus estados⁷³.

Inicialmente, el Presidente sólo se veía obligado a consultar los nombramientos de funcionarios locales. Pero con el paso del tiempo la fuerza de la posición senatorial se fue incrementando, gracias a la coordinación de sus respectivos apoyos. La cortesía senatorial podía llegar a impedir que la confirmación de un ciudadano de un estado para cualquier cargo si no tenía el apoyo de los senadores locales (aunque el cargo para el que hubiese sido nombrado no tuviera ninguna relación con el estado de origen) Y esto alcanzaba a los nombramientos judiciales, incluso a los del Supremo. En 1893 el Presidente Grover Cleveland, demócrata, nombró a dos abogados de Nueva York⁷⁴ para ocupar dos plazas vacantes en el Tribunal Supremo. Los demócratas tenían entonces mayoría en el Senado, por lo que parecía que la confirmación del nombramiento no supondría ningún problema. Pero el senador de Nueva York David B. Hill, demócrata, no había dado su aprobación a los candidatos y organizó un boicot para impedir el nombramiento. La “*senatorial courtesy*” funcionó correctamente y el Presidente tuvo que retirar la nominación⁷⁵. Por el reparto que entonces se había establecido informalmente, correspondía nombrar a un *Associate Justice* procedente de Nueva York.

⁷³ HARRIS (1952)

⁷⁴ Se trataba de William Hornblower y Wheeler Peckham. En ambos casos, se trataba de juristas de prestigio reconocido, como probaban las elogiosas reseñas de su trayectoria en las publicaciones profesionales y académicas de la época. WARREN (1935) Pero su trayectoria profesional presentaba un inconveniente con respecto a la nominación. Habían participado en una investigación que había arrojado sospechas de corrupción sobre un candidato que el Senador Hill pretendía situar en el Tribunal Supremo de Nueva York. BASS (1961), p. 241. Citado por GARDNER GEYH (2006), p. 196.

⁷⁵ ABRAHAM (1999), p. 144.

Por eso el Presidente había escogido a dos candidatos neoyorquinos. Pero años antes, el senador Hill había intentado ser el candidato demócrata a las presidenciales y había sido derrotado por Cleveland. Eran enemigos políticos y por eso el Presidente no le había consultado los nombramientos. Tras fracasar sus dos primeras nominaciones, Cleveland trató de convencer a otros candidatos de Nueva York, pero nadie se sintió capaz de afrontar en el Senado una confirmación si Hill no daba su visto bueno. Y el Presidente tuvo que resignarse y renunció a otorgar el puesto a alguien de Nueva York.

En algunas ocasiones, los senadores han expuesto de modo explícito el significado de la “*senatorial courtesy*”. Así sucedió en 1951, cuando el demócrata Harry Truman propuso a dos jueces estatales como candidatos para dos plazas en la *Northern District Court* de Illinois, de reciente creación. El Senador demócrata de Illinois, Paul Douglas, invocó la cortesía senatorial de modo muy claro para solicitar – con éxito- el bloqueo de la confirmación en el Senado. Según Douglas: “(...) Por muy grande que sea el conocimiento del Presidente, no puede conocer con detalle, en la gran mayoría de los casos, las capacidades de los jueces y abogados de un Estado tan bien como los conocen los Senadores del mismo. (...) Debo, a mi pesar, interponer mi objeción al nombramiento de esos candidatos, a causa de la forma y método de su selección, y porque el resultado de la misma sería, en mi opinión, contraria a la causa del buen gobierno y del mantenimiento de una judicatura fuerte e independiente⁷⁶”. El Comité Judicial del Senado respaldó de manera unánime su posición, y ni siquiera fue necesario solicitar una votación. Lo mismo sucedió posteriormente en el pleno. Sin

⁷⁶ “(...) Great as the knowledge of a President may be, he cannot, in the nature of things, in the vast majority of instances, know the qualifications of the lawyers and local judges within a given state as well as the Senators from that state. (...) I must reluctantly raise my objection to the appointment of these candidates because of the manner and method of their selection, and because the result would, in my judgment, be antagonistic to the cause of good government and the maintenance of a strong, independent judiciary” *Congressional Record*, 82d Congress, 1st sess, Vol 97, Pt. 10 (October 9, 1951) Citado por Abraham en ABRAHAM (1985), p. 28.

embargo, Douglas no consiguió convencer al Presidente para que nombrara a sus propios candidatos, que habían sido pactados entre el Senador, los jefes del partido demócrata en Illinois y el colegio de abogados estatal. Truman y el Senador no llegaron a un acuerdo, y las plazas permanecieron vacantes. El resultado final de la lucha es interesante, porque muestra cómo el poder de confirmación del Senado se configura realmente como un poder de veto, sin fuerza suficiente –en la mayoría de los casos- para imponer candidatos al Presidente.

2. 4. 2. Denegación de confirmaciones como represalia política

En otras ocasiones, las razones que movían al Senado a denegar la confirmación de un candidato estaban simplemente relacionadas con la lucha partidista, o con el afán de represaliar a un candidato por una trayectoria política ligada a la del Presidente, que era el verdadero objetivo de los ataques en las sesiones de confirmación.

Así sucedió en el caso de uno de los jueces más conocidos del Tribunal Supremo, Roger Taney, que a pesar de una impecable carrera judicial terminó pasando a la historia en 1856 por la sentencia *Dred Scott v. Sanford*⁷⁷, de la que fue ponente, y que declaraba que el Congreso Federal no tenía autoridad para prohibir la esclavitud en los estados, así como que los esclavos eran un objeto de propiedad del que sus dueños no podían ser privados sin el debido proceso⁷⁸. Taney fue *Chief Justice* del Tribunal entre

⁷⁷ 60 U. S. 19 (How.) 393 (1856)

⁷⁸ Taney escribiría en la sentencia que los “*African-Americans, free or slave, could not be citizens of any state, because the drafters of the Constitution had viewed them as "beings of an inferior order, and altogether unfit to associate with the white race, either in social or political relations, and so far inferior that they had no rights which the white man was bound to respect"*”. 60 U. S. 19 (How.) 393 (1856)

1836 y 1864, pero la primera vez que fue nominado, en 1835, el Senado denegó su confirmación sin otro motivo que el deseo de la mayoría whig de penalizarle por las políticas que había desarrollado durante los años anteriores como Secretario del Tesoro del gobierno de Andrew Jackson⁷⁹.

2. 4. 3. La 17ª Enmienda y la apertura de las sesiones.

En 1913 se produciría un cambio decisivo con la aprobación de la 17ª Enmienda, por la que los senadores dejaban de ser designados por las asambleas estatales y pasaban a ser elegidos directamente por la población de cada estado. Esta modificación se producía en un momento en el que el Senado y el Tribunal Supremo eran generalmente considerados como dos instituciones de élite, en el peor sentido de la palabra, distantes del sentir popular y sin ningún contacto con los intereses y las preocupaciones reales de los electores⁸⁰. Por eso, uno de los objetivos fundamentales de la modificación constitucional era introducir en el Senado de un modo más directo la voluntad de los votantes. Pero eso iba a suponer también un cambio importante para las nominaciones de jueces del Tribunal Supremo. A partir de entonces, la confirmación de cualquier nombramiento estaría también sometida, aunque de modo indirecto, al control electoral⁸¹. Y puesto que dicho control se ejerce de un modo fundamental a través de los medios de opinión, las nominaciones pasarían desde entonces de un modo más directo a la arena de la discusión pública.

⁷⁹ SIMON (1992)

⁸⁰ GERHARDT (2000), p. 66: *"The amendment was the product of the Progressive Era in American politics, a period in which the Supreme Court was widely condemned for being out of touch with American life and the Senate for being out of touch with the electorate"*.

⁸¹ HAYNES (1960), p. 1070.

Antes de la aprobación de la 17ª Enmienda se habían producido muchos conflictos entre el Senado y los Presidentes a propósito de las nominaciones. Pero se trataba, en casi todos los casos, de ejemplos de esa “cortesía senatorial” que pretendía proteger los privilegios locales de los senadores, o de represalias relacionadas con encendidas luchas partidistas. A partir de 1913, los senadores comenzaron a decidir su política legislativa en función de sus intereses electorales de cara a la reelección en su estado, y también en ese sentido consideraron su apoyo a los nombramientos⁸². Esto no impidió que los Presidentes siguieran teniendo problemas con algunos nombramientos simplemente porque los senadores querían mantener sus redes clientelares locales⁸³. Pero además de esos conflictos, empezarían a surgir otros nuevos provocados por la posible repercusión electoral del apoyo o el rechazo de una nominación.

En 1929, una reforma de menor calado tendrá una influencia similar a la de la 17ª Enmienda en la conexión entre la opinión pública y las sesiones de confirmación en el Senado. Desde ese año, la cámara funcionaría bajo la regla de que todas las sesiones serían públicas a menos que la mayoría ordenara lo contrario. Con anterioridad, el Senado casi siempre había discutido las nominaciones a puerta cerrada⁸⁴, aunque como ya se ha mencionado, el edificio disponía de tribunas para el público desde la época de la confirmación de Rutledge y era posible ordenar que las sesiones fueran públicas.

⁸² SINCLAIR (1989), p. 102.

⁸³ El Presidente Woodrow Wilson (1913-1921) tuvo problemas para confirmar cargos en el Senado en más de una docena de casos. Y en la mayoría de ellos el motivo de la oposición de los senadores fue su resistencia a ceder los tradicionales derechos locales de patronazgo. HARRIS (1952), p. 93.

⁸⁴ HARRIS (1952), p. 249.

El cambio hacia los debates de confirmación públicos venía exigido aparentemente por las numerosas filtraciones que se producían, pero parece que muchos senadores querían que sus posiciones fueran claramente conocidas por sus electores⁸⁵.

2. 4. 4. Las primeras intervenciones de los “Lobbies”

Uno de los factores decisivos en la evolución del proceso de confirmaciones ha sido el nacimiento y desarrollo de los *lobbies* o grupos de defensa de intereses. Probablemente la primera ocasión en la que la actuación de dichos grupos resultó decisiva fue el proceso de confirmación en 1881 de Stanley Matthews, nominado por el presidente Hayes para el Tribunal Supremo.

La confirmación de Matthews

Matthews era un viejo amigo del Presidente Hayes. Habían estudiado juntos en la universidad y servido en el mismo regimiento durante la Guerra Civil. Después ejercieron la abogacía como asociados, y cuando Hayes decidió presentarse a la Presidencia en 1876 su amigo le proporcionó todo el apoyo posible en una de las elecciones presidenciales mas reñidas de la historia del país. Vale la pena detenerse en aquella elección, no sólo porque puede recordarnos hechos recientes, sino por la importancia que tiene para comprender la discusión posterior sobre la nominación de Matthews y el papel que en ella ejercieron los lobbies.

⁸⁵ GERHARDT (2003), p. 67.

Al finalizar la jornada electoral, Hayes había obtenido menos votos que su oponente demócrata, pero contaba con mas compromisarios que su rival. Los demócratas impugnaron el resultado, por considerar que el recuento en Florida, Louisiana y Carolina del Sur era fraudulento (estados de mayoría republicana) La situación se volvió muy tensa y los sucesivos recuentos –efectuados por las autoridades estatales- no parecían proporcionar un resultado claro. Para resolver el problema, el Congreso decidió nombrar una comisión electoral compuesta a partes iguales por miembros de los dos partidos. Y el Presidente saliente, Ulysses S. Grant, nombró a Matthews como Presidente de dicha comisión. Matthews consiguió imponer la tesis de que no era posible investigar de modo independiente los resultados y que era necesario aceptar los certificados electorales entregados por los estados. De esta forma, Hayes consiguió la Presidencia⁸⁶.

Cuando en 1881 se produjo una vacante en el Tribunal Supremo, a Hayes sólo le quedaba un mes para abandonar la Presidencia. Se esperaba que dejara a su sucesor el nombramiento vacante, pero decidió nombrar a su amigo Matthews para recompensar los valiosos servicios prestados. La elección de Hayes provocó una tormenta política inmediata, debida fundamentalmente a la estrecha relación de Matthews con las empresas de ferrocarriles, a las que había representado legalmente y a las que había defendido ardientemente como Senador durante todo el mandato de Hayes. Además, parecía claro que durante esos años en el Senado sus campañas habían sido financiadas por Jason Jay Gould, un polémico magnate de la época, famoso por sus escasos escrúpulos morales cuando se trataba de defender sus intereses.

⁸⁶ ABRAHAM (1985), p. 136.

Planteada la nominación, una importante asociación de agricultores llamada “*National Grange*”, que luchaba desde hacía tiempo contra los precios de transporte que los ferrocarriles imponían a los granjeros, decidió oponerse públicamente al candidato propuesto por el Presidente. La actuación de este grupo en este caso es especialmente relevante para comprender la evolución del proceso de nominaciones, porque en los años anteriores habían ejercido ya presión para aprobar algunas leyes federales que imponían límites a los precios. Y estas leyes habían sido impugnadas ante el Tribunal Supremo y habían tenido que pasar el filtro de la *judicial review*, que finalmente las había dado por válidas. Pero en ese proceso, el sindicato había aprendido que no sólo era necesario hacer lobby para conseguir aprobar una legislación, sino también para conseguir la designación de jueces que la sostuvieran en caso de ser impugnada⁸⁷.

En concreto, el sindicato de agricultores temía que el de Matthews pudiera ser el voto decisivo para anular la Thurman Act, aprobada en 1878 y a la que Matthews se había opuesto muy agresivamente como Senador. Dicha ley había sido dictada para poner fin a una disputa entre el Gobierno Federal y las compañías de ferrocarriles sobre la cantidad que correspondía pagar a estas últimas por los intereses de unos préstamos concedidos por el Tesoro para financiar la construcción de vías en varias zonas del Pacífico. La Thurman Act resolvía la disputa de un modo muy perjudicial para los intereses de las compañías y había sido defendida con ardor por “*National Grange*”, y otros grupos de agricultores, que veían en ella un modo de sancionar a las compañías por sus prácticas monopolísticas y abusivas. La ley había sido impugnada en el Supremo con el argumento de que violaba los derechos adquiridos de por las compañías de ferrocarriles en los contratos firmados con el gobierno. La sentencia dictada en 1879,

⁸⁷ MALTESE (1995), p. 39: “*The (National) Grange learned in the process that it had to lobby both for the passage of legislation and the appointment of judges who would sustain that legislation*”. WARREN (1935), p. 574.

sostuvo la constitucionalidad de la ley por un margen de 5 a 3. Pero cuando en 1881 se planteó la nominación de Matthews, el equilibrio entre los magistrados había cambiado como consecuencia de la avanzada edad de dos de los Jueces, que ya no participaban en las deliberaciones⁸⁸. Así las cosas, el voto de Matthews habría de ser decisivo. Por otra parte, el Comité Judicial del Senado que tendría que resolver la confirmación estaba presidido por el mismo Senador Thurman que había dado nombre a la ley que podría ser anulada si Matthews se sentaba en el Tribunal.

En esa situación, “*National Grange*” se empeñó en una lucha a lo largo de todo el país, consiguiendo que los periódicos próximos a sus posiciones reclamaran a los Senadores la denegación de la confirmación⁸⁹. El Presidente se alarmó ante la oposición y trató de maniobrar en el Senado para conseguir que el Pleno de la cámara reclamara el debate de confirmación, para evitar así la mayoría demócrata del Comité Judicial. Pero esto habría sido crear un precedente nuevo y la estratagema no dio resultado en medio de fuertes críticas de la opinión pública, ya volcada muy mayoritariamente en contra de la confirmación⁹⁰. Finalmente, el Comité rechazó la nominación por la vía de postergar el debate sin enviar la cuestión al Pleno.

El fracaso en la confirmación puede verse como una clara señal del peso que los grupos de presión habían ido adquiriendo en el proceso de nominaciones, y así se ha explicado también el sorprendente hecho de que el sucesor de Hayes, James Garfield, volviera a nominar a Matthews para el puesto que aún seguía vacante. Detrás de un

⁸⁸ MCHARGUE (1949), p. 273.

⁸⁹ Incluso el *New York Times*, bastante próximo entonces a los intereses de las grandes corporaciones, se pronunció en contra de la confirmación de Matthews en editoriales del 2 y del 9 de febrero de 1881.

⁹⁰ Como se refleja en un artículo del *New York Times* del 10 de febrero de ese mismo año (1881), titulado “*Obnoxious Nominations*”.

nuevo Presidente que ya no debía favores a Matthews, se habría encontrado el respaldo financiero del ya mencionado Jay Gould⁹¹.

También resulta especialmente interesante, de cara a los objetivos de este trabajo, el hecho de que el Presidente Garfield se hubiera pronunciado expresamente en su campaña electoral sobre el tipo de Magistrados que nombraría para el Tribunal Supremo, lo que daba paso a la idea de que la selección de jueces era una cuestión que podía someterse de un modo más directo al electorado. En efecto, Garfield afirmó ante representantes de las corporaciones de los ferrocarriles que los derechos adquiridos por sus compañías serían tenidos en cuenta a la hora de rellenar las vacantes en el Tribunal Supremo.⁹²

La lucha entre los dos grupos, agricultores y compañías de ferrocarriles, se reproduciría en esta segunda nominación. De hecho, el sindicato de agricultores registraría formalmente su oposición ante el Comité Judicial del Senado⁹³, iniciando una práctica de lobby abierta que se convertiría en pauta para las décadas siguientes. Siguiendo el ejemplo de los agricultores, otros grupos como el *New York Board of Trade and Transportation* y la *National Anti-Monopoly League* registraron también formalmente su oposición a la confirmación de Matthews.

Finalmente, el 9 de mayo de 1881, después de varias semanas de intensa discusión, el Comité Judicial envió el nombramiento al Pleno con una recomendación

⁹¹ ABRAHAM (1985), p. 137. Parece que el célebre financiero había respaldado con 300.000 dólares la campaña de Garfield. MAGRATH (1963), p. 246.

⁹² MCHARGUE (1949), p. 614.

⁹³ En el escrito con el que National Grange de Pennsylvania pretendía “personarse” ante El Comité Judicial, se afirmaba que “*We are informed and believe that the great railroad coporations of the country are endeavoring to obtain control of this court of last resort, which has heretofore been the most important bulwark in defending public interest against the encroachment of corporations; that Mr. Matthews has been educated as a railroad attorney and naturally views railroad questions from a railroad stand-point; that his action while a member of the United States Senate proves this, and in this important respect renders him unfit for the position of a Judge of the Supreme Court*”. MALTESE (1995), p. 43.

contraria a la confirmación. Sin embargo, la Cámara no rechazó la nominación, que pasó el trámite por un ajustado 24 a 23. Otra señal del peso de los lobbies sobre los partidos en este proceso fue que republicanos y demócratas se dividieran casi en dos partes en el apoyo o rechazo al candidato. De hecho, un republicano (George Edmunds) lideró la oposición contra Matthews, propuesto por un Presidente republicano. Y un demócrata (Lucius Lamar) lideró la defensa del candidato.

Y parece que puede establecerse con claridad el peso del grupo de presión agrario en la nominación. Al analizar el voto de los senadores republicanos, se obtiene que combatieron y votaron contra la nominación –por un presidente republicano- los senadores en los que *National Grange* tenía una presencia mayor y podía afectar de un modo decisivo a sus campañas de reelección⁹⁴.

En cualquier caso, el resultado final y otros procesos similares de esos años muestran con claridad que, aunque ascendente, la influencia de los grupos de presión en las nominaciones de jueces era aún eventual y bastante desorganizada, y por tanto fácil de superar por los aparatos de los partidos cuando éstos actuaban unidos⁹⁵.

2. 5. LOS PRIMEROS DEBATES “MODERNOS” DE CONFIRMACIÓN. LA NOMINACIÓN DE BRANDEIS EN 1916 Y LAS DE HUGHES Y PARKER EN 1930.

Pero en el caso de Matthews, los medios con los que contaban los lobbies para presionar en la confirmación eran relativamente escasos. La cuestión cambió, como ya se ha mencionado, con la aprobación de la 17ª Enmienda en 1913, por la que los

⁹⁴ AINSWORTH y MALTESE (1996), pp. 41-62.

⁹⁵ SALISBURY (1993)

senadores pasaban a ser elegidos directamente por los ciudadanos de cada estado. La primera nominación que se produjo en esas condiciones fue la del célebre juez Brandeis.

2. 5. 1. La nominación de Brandeis

Brandeis fue un estudiante sobresaliente, uno de los primeros frutos de la Facultad de Derecho de Harvard reformada por el famoso decano Langdell, que pasaría a la historia académica por su empeño en implantar el método del caso. Brandeis se desarrolló profesionalmente como abogado con un gran éxito y muy buenas relaciones en las élites sociales de Nueva Inglaterra. Pero pronto empezó a compaginar la representación lucrativa de clientes adinerados con la defensa gratuita de causas que le parecían de interés social, y se involucró en muchos de las polémicas legales más agudas de la época, especialmente las que llevaron al desarrollo de las primeras leyes antitrust y que supusieron los primeros límites legales a la actividad de las grandes corporaciones. También intervino desinteresadamente en defensa de algunas organizaciones sindicales. Esas actuaciones hicieron que su popularidad se extendiera por todo el país, haciéndole aparecer como un cruzado implacable de causas justas⁹⁶, que llegó a ser conocido como: “The People’s Lawyer”⁹⁷. Pero su dureza le hizo ganarse también muchos enemigos.

⁹⁶ En la monumental “Historia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, Bickel describe así su modo de actuar: “*He was, in most of this controversies, not so much the people’s attorney as a prosecutor in their behalf, with something of the wrath of an Old Testament prophet, and he showed no fear, no favor, and very little consideration. He was, indeed, ruthless in his righteousness*”. BICKEL (1984), 374.

⁹⁷ ABRAHAM (1999), p. 140.

Cuando el Presidente Wilson anunció su nominación, se abrió de inmediato un intenso debate público sobre la conveniencia del candidato. Y ya no se trataba, como en ocasiones anteriores, de venganzas o premios políticos o de cortesías senatoriales. Se discutía sobre su ideología, sobre su adecuación para formar parte de un tribunal que llevaba varios años tomando importantes decisiones que estaban redefiniendo los límites de actuación de las instituciones federales, incluida la Presidencia, y de las empresas privadas.

Como muestra del estado de opinión sobre la nominación, son muy significativos los comentarios de los principales periódicos del país. Podría parecer que se trata de una fuente de escaso rigor en un estudio jurídico, pero resulta en este caso imprescindible acudir a la prensa para apreciar en qué medida los senadores estaban siendo conminados a votar en contra o a favor del candidato por los medios que tenían capacidad de real de movilizar a los electores, y por tanto de hacer que el proceso de confirmación se convirtiera en un modo de controlar el ejercicio de la interpretación constitucional de un modo peculiar, “a priori”, que será analizado posteriormente.

Así, el New York Sun consideraba a Brandeis “*utterly and even ridiculously unfit for a place in the body that was the stronghold of sane conservatism, the safeguard of our institutions, the ultimate interpreter of our fundamental law*”. Y el Wall Street Journal: “*In all the anti-corporation agitation of the past years one name stands out conspicuous above all others. Where others were radical he was rabid; where others were extreme he was super-extreme; where others would trim he would lay the ax to the root of the tree*”. Y en referencia específica al voto de los senadores, el Detroit Free Press afirmaba: “*Of all the Americans who have passed before the public view in the last ten years Louis D. Brandeis is in temperament and training perhaps the least fit for the calm, cold dissapasionate work of the Supreme Court of the United States (...) It is*

the solemn duty of the Senate to reject the nomination". Especialmente impresionante es el párrafo editorial que el New York Times dedicaba al asunto, resumiendo la esencia de la discusión sobre las condiciones de Brandeis:

"The Supreme Court, by its very nature, must be a conservative body; it is the conservator of our institutions, it protects the people against the errors of their legislative servants, it is the defender of the Constitution itself. To place on the supreme Bench judges who hold a different view of the function of the Court, to supplant conservatism by radicalism, would be to undo the work of John Marshall and strip the Constitution of its defenses. It would introduce endless confusion where order has reigned, it would tend to give fore and effect to anywhim or passion of the hour, to crown with success any transitory agitation engaged in by a part of the people, overriding the mature judgment of all the people as expressed in their fundamental law"⁹⁸.

Como puede verse, la prensa y la opinión pública que podría considerarse moderada o conservadora recibieron el nombramiento de Brandeis como el del que sería el primer juez "progresista" del Tribunal Supremo, una institución que en sí misma no parecía, según se afirmaba, compatible con ese calificativo.

Finalmente, Brandeis sería confirmado por una amplia mayoría de 47 contra 22. Y lo interesante es que a pesar de la abundancia de las críticas de la prensa "seria" y de muchos intelectuales y empresarios de peso, parece claro que la popularidad de Brandeis entre los electores provocó que muchos de los senadores que parecían indecisos no se atrevieran a votar en contra de la nominación, temiendo la posibilidad de ser posteriormente castigados en las urnas de sus respectivos estados⁹⁹.

⁹⁸ BICKEL (1984), p. 376.

⁹⁹ MALTESE (1995), p. 51: "*significantly, the hearings took place after the ratification of the Seventeenth Amendment to the Constitution, which called for the popular election of U. S. Senators rather than their selection by states legislatures. Senators now had a new constituency to answer to, and the public hearings reflected the new trend toward popular accountability*".

2. 5. 2. La nominación de Hughes

En 1929 se produjo un nuevo cambio en las reglas de procedimiento del Senado referidas al debate de las nominaciones. Hasta entonces, las audiencias sobre la nominación tenían lugar a puerta cerrada a menos que dos tercios de los senadores votasen lo contrario. A partir de 1929 se invirtió la regla, de forma que las sesiones de confirmación estarían abiertas a la prensa y el público a menos que dos tercios de los senadores decidieran que habrían de discutirse a puerta cerrada. Además, las nuevas reglas permitían que se abriera un debate sin limitación en el pleno de la cámara, aunque el Comité Judicial hubiera ya tomado una decisión. De este modo algunos senadores, incluso los que formaban parte del Comité Judicial, reservaban sus argumentos más apasionados para el pleno, conscientes de que sus intervenciones tendrían una repercusión pública mayor y llegarían con más facilidad a sus electores.

Y la primera nominación que se debatió bajo estas nuevas reglas fue la de Charles Hughes, propuesto en 1930 por el Presidente Hoover como *Chief Justice* del Tribunal. Hughes había formado ya parte del Tribunal una década antes, pero había dimitido para disputarle –sin éxito– la elección presidencial a Wilson en 1916. En los años siguientes se dedicó a trabajar como abogado para grandes corporaciones y formó parte de la administración del Presidente Harding como Secretario de Estado.

Las sesiones de confirmación en el Comité Judicial comenzaron con bastante calma. Su nominación fue recomendada por una amplia mayoría de 10 contra 2. Parecía razonable esperar una confirmación fácil en el pleno del Senado pero las cosas transcurrieron de forma distinta. Con la tribuna de prensa llena, y bastante asistencia de público, el Senador Norris, Presidente del Comité Judicial, atacó con fuerza a Hughes

afirmando que su pasado como defensor de las grandes corporaciones le impediría ser imparcial como Juez del Tribunal. El debate se extendió con rapidez en la opinión pública, y durante los seis días que duraron las sesiones, llegaron al Senado un gran número de cartas de asociaciones y ciudadanos que querían hacer llegar sus ideas, generalmente contrarias a la nominación de Hughes¹⁰⁰. Finalmente, la elección sería confirmada por una amplia mayoría de 52 contra 26.

Así, Charles Evans Hughes sería el *Chief Justice* del Tribunal en los años duros de la crisis del 29. Parte de la opinión pública y académica consideraba esencial para salir de la crisis una intervención mucho mayor del estado en las relaciones económicas. Pero cada vez que se proponían leyes en ese sentido chocaban con un Tribunal Supremo que las consideraba contrarias a la Constitución. Y la elección de Hughes, un antiguo abogado de grandes corporaciones, había sido una derrota importante de los partidarios de ampliar la intervención estatal en la economía. Por eso su nominación puso las bases de un cambio importante en la forma en que el público en general y los grupos de presión en particular organizarían su intervención en los procesos de confirmación de jueces del Tribunal Supremo. Tras su derrota con Hughes, la siguiente ocasión les encontraría mejor preparados. Y ese momento llegó muy pronto, apenas unos meses después, cuando en marzo de 1930 el Presidente Hoover escogió a John Parker para reemplazar al fallecido juez Sanford como Juez Asociado del Tribunal Supremo.

2. 6. LA CONSOLIDACIÓN DEL PAPEL DE LOS GRUPOS DE INTERÉS. LAS NOMINACIONES FALLIDAS DE PARKER Y HAYNSWORTH.

¹⁰⁰ ROSS (1990), p. 10.

2. 6. 1. La nominación de John Parker.

En el momento de la nominación, Parker ejercía como Juez del Tribunal Federal de Apelación del Distrito 4^a. En los últimos años había tenido que resolver algunas disputas entre empresas y sindicatos y generalmente había fallado en contra de estos últimos, lo que bastó para que los grupos que habían tratado de organizarse contra Hughes consideraran que en este caso sí que podían llegar a tiempo y parar la nominación.

Conviene notar, para apreciar la importancia que los electores concedían ya en esa época a los Jueces del Tribunal, que parece bastante claro que el Presidente Hoover escogió a Parker por proceder de Carolina del Norte, un estado sureño que, como el resto de la zona, siempre había votado a los demócratas desde la Reconstrucción pero había sorprendido en las elecciones de 1928 otorgando sus preferencias al Republicano Hoover. Así, la elección de un juez de Carolina del Norte suponía un “premio” para el estado y una forma de tratar de asegurarse su lealtad de cara a las elecciones de 1932.

Pero aunque Hoover hubiera actuado por motivos electorales y territoriales, sería el historial judicial de Parker lo que convertiría su confirmación en una intensa lucha política, y especialmente su decisión en *United Mine Workers v. Red Jacket Coal and Coke Company* (1927)¹⁰¹.

La cuestión resuelta en la citada sentencia se había planteado en 1921, cuando una marcha de mineros armados organizada por la *United Mine Workers* había entrado en combate en Virginia con una numerosa fuerza policial apoyada por aviones pagados

¹⁰¹ WATSON JR. (1963), p. 316.

por las compañías mineras. El asunto se complicó lo suficiente como para que se decretara la ley marcial y fuera necesaria la intervención de tropas federales. Como consecuencia del conflicto, algunas de las compañías solicitaron una orden judicial que prohibiera en el futuro al mencionado sindicato tratar de reclutar a sus empleados. Un Juez federal concedió dicha orden y ésta fue confirmada por el Tribunal de Apelación del que John Parker formaba parte. Posteriormente, Parker diría que los precedentes del Tribunal Supremo¹⁰² no le dejaron otra alternativa que dictar esa resolución. Pero William Greene, líder de la AFL¹⁰³, la organización sindical más poderosa del país, escribió una carta al Presidente Hoover afirmando que la sentencia firmada en su día por Parker había sido una derogación de los derechos humanos, y que podía considerarse como el equivalente laboral de la célebre sentencia del caso *Dred Scott*¹⁰⁴, que había legalizado la esclavitud. Greene también escribió al ya citado Senador Norris, Presidente del Comité Judicial del Senado, en términos parecidos. El Presidente trató de convencer a Greene y a la AFL de que su candidato no era un juez contrario a los derechos de los trabajadores pero sus detractores se mantuvieron firmes y anunciaron su oposición formal a la nominación solicitando expresamente al Comité Judicial del Senado que rechazara el nombramiento y pidiendo que se les permitiera personarse en las audiencias para declarar lo que sabían sobre el Juez Parker.

Pero más grave aún que las críticas de los sindicatos sería la cuestión racial. A los pocos días de anunciarse la nominación, Walter White, dirigente de la NAACP¹⁰⁵, denunció la supuesta ideología racista del Juez Parker con base en un discurso que había pronunciado 10 años antes, cuando se presentó como candidato al gobierno de Carolina

¹⁰² La doctrina vigente era la establecida en *Hitchman Coal & Coke Company v. Mitchell*, de 1917.

¹⁰³ *American Federation of Labor*.

¹⁰⁴ *Scott v. Sanford*, 60 U.S. (19 How) 393, de 1857.

¹⁰⁵ *National Association for the Advancement of Colored People*.

del Norte¹⁰⁶. La connotación racista de algunos de los discursos de Parker en aquella campaña era indudable, aunque podía ponerse el contexto de la lucha política del momento, en la que sus rivales demócratas jugaban la carta del racismo para acusar a su rival de pretender elevar los derechos políticos de los negros. Cuando White se dirigió a Parker preguntándole si aún mantenía aquéllos puntos de vista, el Juez escogió no contestar al requerimiento por entender que un candidato al Supremo no tenía por qué desmentir las acusaciones que se lanzaran contra él, y probablemente también para no irritar a los senadores sureños cuyos votos necesitaría para la confirmación. Pero este silencio convenció a la NCAAP de que Parker seguía manteniendo las mismas posiciones, y le dio el motivo que necesitaba para lanzar una intensa campaña popular contra la nominación de Parker. Del mismo modo que había hecho Greene, Parker solicitó formalmente al Senado que se le permitiera comparecer para declarar sobre las actuaciones racistas del candidato. Además, organizó a los comités locales de la NCAAP para que consiguieran que todos sus afiliados escribieran cartas a sus respectivos senadores pidiéndoles que votaran rechazando la confirmación.

Los votantes negros, en 1930, eran mayoritariamente republicanos. Y era un año de midterm elections, en el que algunos senadores republicanos se jugaban la reelección. Y todos ellos había recibido un gran número de cartas de sus propios votantes solicitando que votaran en contra del candidato, aunque hubiera sido propuesto por un Presidente republicano y fuera él mismo un republicano. Así, un puñado de

¹⁰⁶ En ese discurso, Parker había afirmado que “*the negro as a class does not desire to enter politics (...)*” y “*the participation of the negro in politics is a source of evil and danger to both races and is not desired by the wise men in either race or by the Republican party of North Carolina*”. En aquellos años el Ku Klux Klan tenían una gran influencia en los estados sureños y los demócratas estaban utilizando la cuestión racial en la campaña, recordando que los republicanos eran el partido de la Reconstrucción y sugiriendo que tenían la intención de otorgar un papel de mucha mayor importancia política a los votantes de raza negra. Por ese motivo, Parker entró en el juego y utilizó la retórica racista para distanciarse de una identificación con la defensa de los derechos de los negros que le habría hecho perder las elecciones con toda seguridad. MALTESE (1995), p. 59.

senadores republicanos que normalmente habrían votado a favor del candidato del Presidente, se encontraron en la difícil posición de tener que rechazarlo para asegurar su reelección¹⁰⁷.

Cuando finalmente se produjo la votación, la candidatura de Parker fue rechazada por 41 votos contra 39. 17 senadores republicanos votaron contra Parker, casi todos ellos representantes de estados en los que los votantes negros o los afiliados a sindicatos tenían una gran importancia.

2. 6. 2. La nominación de Haynsworth

La siguiente nominación en la que los grupos de presión consiguieron que el Senado rechazara al candidato fue la de Clement Haynsworth, propuesto en abril de 1969 por el Presidente Richard Nixon.

Nixon tenía que nombrar un sustituto para el Juez Fortas, que había dimitido al divulgarse un acuerdo privado por el que una fundación se había comprometido a pagarle una cantidad elevada de dinero como sueldo vitalicio, a cambio de su asesoría legal anterior a su desempeño como Magistrado. El problema es que llegó a cobrar esa cantidad –equivalente a la mitad de su sueldo de magistrado- cuando ya había tomado posesión de su cargo en el Tribunal Supremo. Al parecer, Fortas no había cometido ninguna ilegalidad, pero la situación creaba un conflicto de intereses importante y la

¹⁰⁷ MALTESE (1995), p. 61. El autor cita una carta de uno de los líderes negros más importantes de la época, Robert Moton, muy cercano al Presidente Hoover, a quien éste había pedido que apoyara públicamente la nominación. En dicha carta Moton dice que “*I know of nothing that would so effectively turn the tide of Negro support against the President and the party tan deliberately to place on the Supreme Court a man who has openly declared his contempt for them*”. Es un conciso resumen de una de las ideas centrales de este trabajo: los debates de confirmación pueden ser utilizados por los electores como un medio de control de la labor de interpretación constitucional, y esto es posible porque pueden negar su voto a un Presidente que mantenga una nominación en contra de un rechazo manifestado expresamente por sus electores.

prensa reclamó de inmediato su dimisión, a pesar de que nadie le discutió sus credenciales como jurista o alguna de sus sentencias¹⁰⁸.

Nixon no tuvo ningún inconveniente en aceptar la dimisión de Fortas, que había sido nombrado por un Presidente demócrata, L. B. Johnson, y se había comportado como un juez liberal, en el sentido norteamericano de la expresión. En cualquier caso, le correspondía a Nixon nombrar a su sustituto. El Presidente había expresado durante la campaña electoral qué tipo de jueces escogería para el Tribunal Supremo. Quería magistrados estrictamente “construccionistas”, que consideraran su deber interpretar el derecho y no crearlo, y que se vieran a sí mismos “como garantes de la Constitución y servidores del pueblo, y no unos super-legisladores con las manos libres para imponer sus puntos de vista sociales y políticos al pueblo americano”¹⁰⁹.

Pero además de ese criterio “ideológico”, Nixon –como le había sucedido a Hoover- necesitaba asegurar el apoyo de los estados del sur para su reelección. De este modo, la nominación recayó en Clement Haynsworth.

Haynsworth formaba parte del Tribunal Federal de Apelación del distrito 4º, y en opinión de los mismos grupos de presión que habían conseguido derribar a Parker, sus sentencias adolecían de los mismos defectos en relación a los derechos de los trabajadores y de los americanos de raza negra. Pero en este caso no había ninguna declaración política, como en el caso de Parker, que pudiera agravar la cuestión. Y era fácil argumentar que las decisiones firmadas por el juez reflejaban tan sólo lo que él consideraba la doctrina establecida por el Tribunal Supremo y no sus preferencias personales. Pero en el debate sobre la nominación tuvo mucho más peso una acusación

¹⁰⁸ ABRAHAM (1999), p. 228.

¹⁰⁹ “*See themselves as caretakers of the Constitution and servants of the people, not superlegislators with a free hand to impose their social and political viewpoints upon the American People*”. ABRAHAM (1999), p. 235.

diferente, relativa a posibles conflictos de intereses por algunos puestos que el juez había desempeñado en la empresa privada y algunos paquetes de acciones de esas mismas empresas que aún mantenía. No se trataba de conductas graves, y mucho menos delictivas, pero los senadores republicanos que habían puesto el grito en el cielo en el caso de Fortas se vieron obligados a mantener una línea de conducta coherente y a considerar inaceptables las dudas sobre la posible imparcialidad de Haynsworth¹¹⁰. También pesó mucho, como en el caso de Parker, la intensa campaña en contra promovida por la AFL y la NCAAP, que bloqueó el correo de muchos senadores con cartas de protesta de los electores de sus estados¹¹¹. Así, a pesar de ser aprobado por el Comité Judicial, Haynsworth vio denegada su confirmación en el pleno por una votación de 45-55.

La Casa Blanca se había implicado muy directamente en la confirmación, y Nixon formó un equipo especial de colaboradores que debían preparar materiales y argumentos en defensa de Haynsworth y hacerlos llegar a todas las personas que pudieran tener influencia sobre los senadores. Específicamente, en los estados en los que el escaño de algún senador estuviera en juego, los materiales se enviaron a los editores de todos los periódicos y revistas. En los estados cuyos escaños eran seguros,

¹¹⁰ Uno de los senadores que interrogó con más dureza a Haynsworth, el senador Bayh afirmó explícitamente la necesidad de que el Senado, tras el caso Fortas, terminara de definir la cuestión de la conducta ética de los jueces federales en relación a posibles conflictos de intereses: *"I think this is a unique case because in my judgment this is the first time in the history of the Supreme Court of the United States that we are asked to fill a vacancy that was caused by a retirement of one of the Supreme Court Justices because of some question about ethical conduct. I think it is only normal that this committee would be particularly concerned about ethical conduct. I hope the committee will go further and set criteria for all prospective Supreme Court Justices"*. MERSKY y JACOBSTEIN (1977), p. 94.

¹¹¹ El Senador Hollings, uno de los que presentó al Juez ante el Comité, afirmaría que *"There was an eerie feeling that perhaps he had been indicted rather than appointed"* al explicar que desde el momento en el que se anunció la nominación *"Immediately special interests started pressuring him. Weeks ago they drove into his home State, into his hometown, searching for embarrassment and adversity. Law students are putting out every article or statement emitting from the judge as well as his decisions"*. La descripción del senador refleja muy bien en qué se habían convertido ya los procesos de confirmación. Anunciado el nombre del candidato, todos el mundo se pondría a escrutar su vida y sus decisiones, de forma que parece que el juez ha sido acusado más que nominado. MERSKY y JACOBSTEIN (1977), p. 36.

sólo se enviaba el material a los diarios con una tirada superior a los 25.000 ejemplares. También fueron movilizadas todos los comités locales del Partido Republicano y los lobbies más próximos a los electores republicanos, como la Asociación Nacional del Rifle¹¹².

El equipo presidencial también manejó resortes más discutibles, en lo que parecía un modo de actuar característico de Nixon. Una de las herramientas más utilizadas fue la presión sobre los donantes de los senadores republicanos cuyo voto era aún imprevisible.

Se trató, por tanto, de una verdadera lucha de lobbies, tratando todos ellos de mostrar a los senadores decisivos que podían conseguir que sus electores les castigaran si votaban a favor o en contra de la confirmación de Haynsworth¹¹³. Se sentó así el precedente de los debates de confirmación de nuestra época, de los que trataremos a continuación, convertidos en una verdadera batalla política a lo largo de todo el país y en el que los electores acaban ejerciendo un papel constitucionalmente decisivo, que corresponderá analizar en otra parte del estudio.

Por otro lado, resulta especialmente interesante para el objeto de este trabajo considerar que en el rechazo de Haynsworth tuvo bastante importancia su propia comparecencia en el Senado. Muchos de los senadores republicanos estaban pendientes del Juez, esperando que su declaración despejara las posibles dudas para poder apoyar su confirmación sin parecer inconsecuentes con el caso Fortas y sin irritar a sus votantes

¹¹² MALTESE (1995), p. 79.

¹¹³ Resulta impresionante la cantidad de documentación enviada por unos y otros al Comité Judicial del Senado para su distribución a los senadores que debían decidir sobre la confirmación. En la monumental compilación de materiales sobre los procesos de confirmación de magistrados del Tribunal Supremo de Mersky y Jacobstein para la editorial Hein, el volumen de Hansworth ocupa unas 800 páginas, muchas de las cuales están dedicadas a recoger las cartas y memorándums enviados al Senado por los diversos grupos de presión. MERSKY y JACOBSTEIN (1977)

de raza negra o afiliados a la AFL. Pero la intervención de Haynsworth no fue lo suficientemente sólida y en el agresivo interrogatorio al que fue sometido el juez dio la impresión de estar abrumado por los cargos, lo que quizá fue reforzado por un ligero defecto de dicción que le impedía replicar con rapidez ¹¹⁴.

2. 7. LA CULMINACIÓN DEL PROCESO. LA POLITIZACIÓN ABSOLUTA DE LOS DEBATES DE CONFIRMACIÓN. LOS CASOS DE BORK Y THOMAS.

2. 7. 1. La nominación de Robert Bork

a) Antecedentes. Las primeras nominaciones de Reagan

Durante su primer mandato, el Presidente Reagan había tenido ocasión de cumplir una promesa personal muy popular y esperada, la de nombrar por primera vez a

¹¹⁴ FRANK (1991), p. 43. De hecho, las actas de su comparecencia -leídas muchos años después, al preparar estas líneas- no transmiten esa impresión de falta de solidez de la que habló la prensa del momento, por lo que hay que suponer que el mencionado defecto o una decaída presencia de ánimo del juez pudieron influir en el escaso eco que su defensa tuvo en los senadores republicanos indecisos. Y esto es también un punto interesante a la hora de analizar las posibles limitaciones del sistema de comparecencias parlamentarias como modo de control de la jurisdicción constitucional. La comparecencia de Haynsworth puede consultarse en MERSKY y JACOBSTEIN (1977)

una mujer como Magistrada del Tribunal Supremo. La elección de Sandra Day O'Connor en 1981 fue muy elogiada y la confirmación senatorial no tuvo mayores problemas.

En mayo de 1986, el *Chief Justice* Burger anunció al Presidente Reagan su intención de retirarse. Durante su campaña electoral, y en otras ocasiones, Reagan había afirmado su deseo de nombrar jueces federales de la escuela que suele denominarse “originalistas”, jueces preocupados por defender la Constitución e interpretarla en el sentido que quisieron darle los Fundadores, respetuosos con los legisladores estatales y federales, y que no pretendieran encontrar en la Constitución argumentos para imponer a la sociedad sus propias ideas. Reagan no tenía reparo en decir que la abrumadora mayoría conservadora que le había respaldado en 1980 y en 1984 tenía que tener su reflejo en la judicatura. En cuanto al modo de actuar era lo mismo que habían hecho muchos de sus antecesores, pero quizá expresado de una manera más franca.

Pero los antecedentes de las nominaciones fallidas de la época de Nixon hicieron que el Presidente pidiera a su equipo un escrutinio cuidadoso de la vida y escritos, especialmente las sentencias, de todos los posibles candidatos. Además de ese estudio, un equipo de abogados encabezado por el *Assistant Attorney General*, Bradfold Reynolds, entrevistó largamente a todos los candidatos insistiendo especialmente en sus decisiones judiciales más comprometidas y en sus puntos de vista sobre las cuestiones que más interesaban a la Administración Reagan. Parece que se llegó a preguntar específicamente a cada candidato cuál era su opinión sobre la sentencia de *Roe v. Wade*¹¹⁵. En la lista final que le fue presentada los que tenían más posibilidades eran los jueces Scalia y Bork, ambos en tribunales federales de apelación. Las razones de la

¹¹⁵ FEIN (1988), p. 6.

elección eran su indiscutible prestigio profesional y su marcado carácter conservador. Finalmente la elección recayó en Scalia, porque había mantenido posiciones relativamente más moderadas y parecía más fácil de confirmar en el Senado que Bork. Además, Scalia era el más joven de ambos y no parecía que la Administración Reagan fuera a tener otra oportunidad de nombrar un Juez del Tribunal Supremo, lo que también le hacía preferible a Bork. También se tuvo en cuenta el hecho de que Scalia descendiera de inmigrantes italianos, lo que podía aportar un atractivo electoral del que Bork carecía¹¹⁶. Puesto que Scalia no parecía inclinado a las tareas administrativas de un *Chief Justice*, la decisión final consistió en proponer a uno de los *Associate Justices*, John Rehnquist, como nuevo Presidente del Tribunal y nominar a Scalia para la vacante que dejaba Rehnquist. La confirmación fue más problemática en el caso de Rehnquist que en el de Scalia, pero ambos jueces obtuvieron finalmente su nombramiento.

b) La retirada del Juez Powell

Inesperadamente, algunos meses después de las confirmaciones de Scalia y Rehnquist, el juez Powell anunció que dejaba el Tribunal Supremo por motivos de salud.

La sustitución de Powell se presentaba como un asunto especialmente importante dado el equilibrio de fuerzas ideológicas entonces presente en el Tribunal. Se le consideraba un juez moderado o centrista, y el suyo había sido el “*swing vote*” en varias ocasiones, ya que en algunas de las sentencias más importantes decididas por 5 a

¹¹⁶ VIEIRA y GROSS (1999), p. 9: “*Scalia had the political advantage of being born of Italian-immigrant parents, thereby attracting an ethnic base of support that Bork lacked*”.

4 él había estado respectivamente en los lados “progresista” o “conservador”. Votó con la mayoría en *Roe v. Wade*¹¹⁷, pero también estuvo con la mayoría en la decisión del caso *Bakke*, que limitó el alcance de las políticas de discriminación positiva en el acceso a instituciones de educación superior. Del mismo modo, en el ámbito de las relaciones Iglesia-Estado su voto había sido decisivo para declarar inconstitucional un programa federal de ayudas a escuelas parroquiales¹¹⁸ pero también había inclinado la balanza en otro caso declarando la validez de un nacimiento sufragado por una autoridad municipal¹¹⁹. Y en materia penal, el suyo fue el voto decisivo para sostener la pena capital en una demanda en la que se pedía al Tribunal que declarase que ésta estaba siendo aplicada de forma discriminatoria¹²⁰. De hecho, era frecuente que muchos abogados preparan sus alegatos en la forma que les pareciera más conveniente para conseguir el voto de Powell, puesto que el del resto de los jueces con frecuencia parecía ya decidido¹²¹. De hecho, un conocido activista de derechos civiles llegó a calificarle como “el hombre más poderoso de América”.¹²²

Y esa posición “centrista” de Powell convertiría a su sustituto en un juez decisivo que podría cambiar la doctrina del Tribunal en materias consideradas cruciales por muchos agentes políticos y grupos de presión.

Tras un estudio inicial de las listas que se habían elaborado para sustituir a Burger, la elección de Reagan fue rápida y recayó en Robert Bork.

¹¹⁷ 410 U.S. 113 (1973)

¹¹⁸ *Grand Rapids Sch. Dist. v. Ball*, 473 U.S. 373 (1985)

¹¹⁹ *Aguilar v. Felton*, 472 U.S. 113 (1973)

¹²⁰ *McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279 (1987) La demanda se basaba en la impresionante estadística de que los negros que mataban a blancos tenían una posibilidad diez veces mayor de ser castigados con la pena capital que en el caso inverso.

¹²¹ VIEIRA y GROSS (1999), p. 5.

¹²² LAZARUS (1999), p. 224. El juez Powell también era especialmente apreciado por sus colegas por su exquisita educación y su carácter conciliador, lo que habría de echarse de menos en un Tribunal especialmente dividido en aquel momento.

c) La figura de Robert Bork

Robert Bork procedía de una familia de clase media. Se graduó en la Universidad de Chicago y tras servir en el ejército decidió ingresar en la Facultad de Derecho de esa misma Universidad. Durante sus estudios legales, sus convicciones políticas cambiaron muy profundamente como resultado del ambiente de liberalismo económico –en el sentido europeo de la expresión- que se respiraba entre los profesores que formaban la llamada “Escuela de Chicago”. Hasta entonces, y como resultado del compromiso sindical de su padre y de su gusto por la provocación intelectual, Bork había sostenido posiciones socialistas y casi marxistas. Durante sus estudios de Derecho en Chicago sus ideas cambiaron radicalmente y su posición intelectual se aproximó a la de los llamados “libertarios”, partidarios de reducir la intervención pública en los ámbitos de libertad individual a la mínima expresión. Tras graduarse, ingresó en una firma de abogados de Nueva York en la que ascendió rápidamente. Pero pronto sus inquietudes intelectuales le harían abandonar la práctica forense y aceptar una plaza de profesor en Yale en 1962, con un perjuicio económico notable con respecto a sus ingresos como abogado en el despacho del que ya era socio.

La evolución política que se produjo en Bork en esos años, sería decisiva en el momento de su confirmación. En 1963, su mentor en Yale, Alexander Bickel, le pidió un artículo sobre un reciente proyecto de ley de derechos civiles¹²³. En dicho artículo criticó con dureza la ley, afirmando que: “El principio de esta legislación es que si yo encuentro que tu comportamiento es reprochable según mis puntos de vista, morales o

¹²³ BORK (1963)

estéticos, y tú resultas ser reacio a adoptar mi visión, tengo derecho a pedir al estado que te obligue a seguir el camino correcto”¹²⁴. Años después, durante los debates en el Senado, afirmaría que estaba equivocado cuando escribió esas palabras. Pero entonces ése era su punto de vista y preparó materiales escritos con argumentos contrarios al proyecto de derechos civiles que envió a Barry Goldwater, el candidato republicano a la presidencia en las elecciones de 1964. Sus posturas siguieron siendo parecidas en 1968, cuando apoyó a Richard Nixon. Pero en 1970 experimentó un cambio importante, aceptando las críticas de Bickel en el sentido de que no se podían aplicar argumentos económicos a todos los ámbitos de las relaciones sociales. Sus nuevas ideas quedaron reflejadas en una conferencia pronunciada en 1971, en la que afirmaba que las decisiones de los jueces a la hora de ponderar valores, cuando representan sólo sus propias preferencias no tienen por qué ser aceptadas por el público ya que carecen de legitimidad constitucional¹²⁵. Esta legitimidad sólo proviene de que los jueces interpreten la Constitución de una forma coherente con la intención de los Fundadores. Esta formulación de lo que luego se denominaría “originalismo”¹²⁶ judicial, y el respeto que se desprende de la misma a la voluntad de la mayoría, le convertían en un juez muy interesante para Ronald Reagan¹²⁷.

En 1972, Nixon le nombró *Solicitor General*, cargo que desempeñó hasta 1977.

En ese año volvió a Yale como profesor para suceder en su cátedra a su maestro

¹²⁴ “(...) the principle of this legislation is that if I find your behaviour ugly by my standards, moral or aesthetic, and if you prove stubborn about adopting my view of the situation, I am justified in havind the state coerce you into more righteous paths”.

¹²⁵ BORK (1971)

¹²⁶ En opinión de Bork, en una democracia representativa las decisiones políticas corresponden a los poderes elegidos democráticamente, y sólo pueden ser anuladas por unos jueces que no han sido elegidos cuando violan algún mandato constitucional explícito. El significado de la Constitución debe ser determinado de acuerdo con la intención de los Fundadores. Y “the judge’s responsibility is to discern how the Framers’ values, defined in the context of the world they knew, apply in the world we know. No ‘evolving standards of decency’. No Arthurian Round Table imposing morality from above. Just law determined by a factual inquiry”. LAZARUS (1999), p. 238.

¹²⁷ VIEIRA y GROSS (1999), p. 17.

Alexander Bickel. Pero la muerte de su mujer en 1980 le impulsó a abandonar Yale y regresar al ejercicio privado de la abogacía en una firma de Washington. Pero durante esos años continuó pronunciando conferencias y reafirmando sus convicciones originalistas, por lo que al cabo de poco tiempo la Administración Reagan le ofreció un puesto de juez en el Tribunal Federal de Apelación del Distrito de Columbia. Bork lo aceptó y ése era su destino profesional cuando el Juez Powell anunció su retirada.

d) Las reacciones a la nominación de Bork. Maniobras dilatorias en el Senado

Cuando en julio de 1987 Reagan anunció su elección, todo el mundo sabía qué clase de juez era Bork y creían saber qué era lo que podía esperarse de él. Los grupos de presión de la izquierda política en seguida hicieron saber a los senadores que Bork no era un candidato aceptable, y los conservadores lo consideraron con igual rapidez el candidato perfecto. Y en esa ocasión, a diferencia de la lucha en otras nominaciones, no se trataba ya de una acusación concreta o un error pasado del candidato. Se evaluaba de modo integral la posición ideológica del candidato y las repercusiones que ésta podía tener en todos los asuntos clave que habrían de pasar por el Tribunal en los años venideros. En especial, la cuestión del aborto sirvió de bandera de enganche para unos y otros. Bork no se había pronunciado sobre el aborto en sí mismo, pero había afirmado que *Roe v. Wade* suponía una intromisión judicial en el ámbito de decisión de los

legisladores estatales. Y *Roe v Wade* estaba sostenida por una frágil mayoría de 5 a 4, siendo uno de los votos favorables el del Juez Powell al que Bork sustituiría¹²⁸.

La primera opción considerada por los senadores demócratas fue la de retrasar todo lo posible los debates de confirmación, lo que les daría tiempo para preparar a la opinión pública explicando exhaustivamente las razones por las que se oponían al nombramiento. Para concretar esa estrategia, el Senador Joseph Biden, Presidente del Comité Judicial, anunció que las sesiones de confirmación tendrían lugar en septiembre, casi tres meses después del anuncio del nombramiento, lo que habría de suponer el mayor retraso nunca visto en la confirmación de un candidato.

Los republicanos contraatacaron recordando que la Constitución permite al Presidente realizar nombramientos cuando las cámaras no están reunidas, los llamados “*recess appointment*”. De hecho, esta opción parecía demasiado radical. Sólo se había utilizado en contadas ocasiones – la última hacía 30 años-, y siempre había provocado una gran polémica. Después de aquel último *recess appointment*, el del Juez Stewart por parte del Presidente Eisenhower, el Senado había aprobado una resolución no vinculante estableciendo que dicho procedimiento no debía utilizarse salvo en circunstancias muy excepcionales¹²⁹. Por otra parte, ese instrumento sólo permitía el nombramiento sin confirmación durante un período de sesiones, por lo que el debate se trasladaría a 1988, año de elección presidencial. Y esto habría supuesto aún un mayor estímulo para las tácticas obstruccionistas de los demócratas, ya que habría valido la pena dilatar las sesiones con la esperanza de que la nominación quedara sin efecto al ser elegido un nuevo Presidente.

¹²⁸ Para los liberales, se trataba de la posibilidad de que un juez como Bork pudiera revertir todos lo conseguido en materia de derechos civiles en los últimos 30 años. En un artículo en “Times”, se decía que “*All the political passions of three decades seems to converge on a single empty chair*”. LACAYO (1987)

¹²⁹ S. Res. 334, 86th Congress 2nd Session (1960)

e) La organización de la campaña contra Bork

El mismo día en que se anunció la nominación, el Senador Kennedy pronunció un exagerado discurso dibujando lo que sería la América de Bork. Según sus palabras, “sería un país en el que las mujeres serían obligadas a abortar en callejones traseros, los negros se sentarían a comer en comedores separados, la policía podría derribar en redadas nocturnas las puertas de los ciudadanos, a los niños no se les enseñaría la evolución en la escuela, los escritores y los artistas podrían ser censurados por el Gobierno, y las puertas de los tribunales federales estarían cerradas para millones de ciudadanos para los que los jueces representan –a menudo como única alternativa- la protección de los derechos individuales que está en el corazón de nuestra democracia¹³⁰”.

No había casi nada verdadero en las palabras de Kennedy, al menos a la luz de los artículos y sentencias firmados por Bork a lo largo de su carrera. De hecho, parece que los republicanos no trataron de desmentir unas acusaciones tan burdas por considerar que se desacreditaban solas. Pero el discurso del veterano Senador de Massachusetts fue abundantemente citado en los medios de comunicación y marcó el tono de todos los ataques que habría de recibir Bork¹³¹.

¹³⁰ “*Robert Bork’s America is a land in which women would be forced into back alley abortions, blacks would sit at segregated lunch counters, rogue police could breack down citizen’s doors in midnight raids, school children could not be taught about evolution, writers and artists could be censored at the whim of government, and the doors of the federal courts would be shut of the fingers f millions of citizens for whom the judiciary is –and is often the only- protector of individual rights that are at the heart of our democracy*”. BRONNER (1987), GITENSTEIN (1992), p. 55.

¹³¹ VIEIRA y GROSS (1999), p. 27.

Estas palabras marcaron lo que Comiskey denomina el “*nomination discourse*”. El bando que parte con más posibilidades de ganar será el que consiga situar desde el principio los términos de la discusión en el punto en el que le resulta más conveniente¹³².

Pero quizá lo más impresionante de la campaña contra la confirmación fue el número y la extensión de los grupos que se implicaron activamente. Coordinados por el núcleo de senadores demócratas que lideraron el rechazo a Bork -esencialmente Biden, Kennedy y Metzenbaum- participaron en la pelea decenas de organizaciones creadas en defensa de intereses muy diversos que se vieron convencidas, en un momento u otro de los debates, de que el nombramiento de Bork podría perjudicar los derechos de sus afiliados¹³³.

Por el modo en que se desarrolló la campaña por ambas partes, pero especialmente por parte de los que se oponían al nombramiento, puede concluirse que se trató de la primera vez en que se empleaban en una nominación para el Tribunal Supremo todos los medios y recursos propios de una campaña electoral. No era la primera vez que se juzgaba la ideología de un candidato, pero sí la primera vez que se hacía de un modo tan extenso y público, y haciéndolo llegar a todos los votantes de la nación¹³⁴.

¹³² COMISKEY (2004), p. 52.

¹³³ Así, además de lobbies demócratas “clásicos” y cuya alineación anti Bork era previsible, como la NCAAP, la ACLU, NARAL o la NEA, participaron otros muchos más específicos como la *Hispanic Bar Association*, *Sierra Club Legal Defense Fund*, *Epilepsy Foundation of America*, *Association for Retarded Citizens*, *National Mental Health Association*, o *United Cerebral Palsy* entre otros muchos.

¹³⁴ Por parte de quienes se oponían a la nominación, se enviaron millones de cartas, se publicaron anuncios a toda página en los diarios nacionales y se emitieron anuncios de televisión en los que la voz de Gregory Peck explicaba que Bork era prácticamente un monstruo que favorecería la esterilización de las mujeres que trabajaban en puestos peligrosos, destruiría los derechos civiles, impediría votar a los negros y cometería muchas otras maldades. LAZARUS (1999), p. 239.

f) Las sesiones de confirmación

Las credenciales profesionales de Bork, como ya se ha mencionado, eran indiscutibles. Warren Burger, anterior *Chief Justice* del Tribunal y en una posición ideológica muy diferente a la de Bork, dijo de éste que estaba mejor cualificado que cualquier otro nominado del siglo XX¹³⁵. Por ese motivo los senadores demócratas plantearon las comparecencias explícitamente como un examen a la ideología judicial del candidato, y eso supuso un cambio de planteamiento del concepto constitucional de “*advice and consent*”, ya que suponía afirmar que el Senado podía rechazar a un candidato escogido por el Presidente a pesar de que sus competencias profesionales no fueran puestas en duda ni fuera responsable de ningún tipo de conducta impropia¹³⁶.

Establecido este punto, que como se verá posteriormente es muy discutible, la siguiente tarea del Comité sería evaluar la ideología judicial específica de Robert Bork, en el sentido de tratar de anticipar qué podría esperarse de sus decisiones a la hora de interpretar la Constitución de los Estados Unidos.

Así, una vez establecida la legitimidad de ese modo de actuar, los senadores comenzaron a interrogar a Bork sobre las cuestiones más importantes de las que podría tener que ocuparse como Juez del Tribunal Supremo, centrándose especialmente en aquéllas sobre las que el candidato había manifestado en el pasado opiniones muy claras que resultaban inaceptables para sus críticos.

¹³⁵ ACKERMAN (1988)

¹³⁶ Así lo afirmó expresamente Joseph Biden, el Presidente del Comité Judicial, en una de las primeras intervenciones: “*In case after case, the Senate has rejected technically qualified candidates whose views it perceived to clash with the national interest*”. 133 Cong. Rec. 10, 524 (1987)

La primera cuestión debatida fue la del derecho a la intimidad, del que dependían directamente la cuestión del aborto, la de la esterilización y la de los anticonceptivos. En *Griswold v. Connecticut*, el Tribunal Supremo había tenido que pronunciarse sobre la legalidad de una ley estatal que prohibía los anticonceptivos. El Tribunal terminó considerando que en la 1ª, 3ª, 4ª, 5ª y 9ª Enmienda había “*zones of privacy*”, y de ellas dedujo la sentencia un derecho general a la intimidad que no está presente de modo explícito en la Constitución.¹³⁷ En un artículo que ya se ha citado en este trabajo, Bork criticó muy duramente la opinión del Tribunal, señalando que había creado un nuevo derecho sin límites específicos, y que era de esperar que la Corte no otorgaría la protección de ese nuevo derecho al consumo privado de cocaína o a las relaciones sexuales consentidas con un menor¹³⁸. Y puesto que la nueva doctrina no marcaba ninguna pauta específica para saber cuándo podía aplicarse esa protección de la intimidad, Bork sostenía que sólo podría tomarse en cada caso una decisión en función de las opiniones y valores personales de 5 de los 9 jueces, los que pudieran constituir la mayoría.

Cuando Bork fue preguntado en el Senado sobre si mantenía entonces las mismas posiciones reflejadas en el artículo de 1971, el nominado afirmó que seguía considerando defectuoso un derecho a la intimidad definido de un modo tan genérico. Y su crítica no se dirigía específicamente a la existencia o no de un derecho a la intimidad,

¹³⁷ 381 U.S. 479 (1965) La sentencia tuvo dos opiniones disidentes. En una de ellas, el Juez Black se pronunciaba en unos términos muy parecidos a los que fundamentarían la posición de Bork en esta materia: “*The Court talks about a constitutional ‘right of privacy’ as though there is some constitutional provision or provisions forbidding any law ever to be passed which might abridge the ‘privacy’ of individuals. But there is not*”.

¹³⁸ “*The Court, we may confidently predict, is not going to throw constitutional protection around herin use or sexual acts with a consenting minor*” BORK (1971) Lo que reafirmó en las sesiones de confirmación: “*Privacy to do what? We don’t know. Privacy to take cocaine in private; privacy to fix prices in private; privacy to engage in incest in private? The Supreme Court is not going to do this things but we don’t know why*”. *Nomination of Robert Bork to be Associate Justice of the Supreme Court of The United States. Hearings before the Committee on the Judiciary United States Senate* (1987) U.S. Government Printing Office. p. 157.

sino al modo en que había sido deducida en *Griswold* y a su indefinición. Los senadores republicanos trataron de hacerle decir que quizá podría encontrar otra forma de otorgar protección constitucional al derecho a la intimidad, sabiendo que éste era muy apreciado por el público que no iba a entrar en distinciones técnicas sobre sus límites. Pero las respuestas de Bork continuaron siendo técnicas. El juez afirmó que tal vez había otras formas de proteger ese derecho, pero que no había tenido ocasión de estudiarlas ni de pronunciarse judicialmente sobre ellas y por tanto no podía dar una respuesta afirmativa al Comité.

Pero aún más importante para los senadores y para el público en general era indagar sobre las opiniones de Bork en relación a la doctrina de *Roe v. Wade*, que había sido en parte un desarrollo de *Griswold*, al entender el Tribunal que en los primeros tres meses del embarazo era inconstitucional prohibir el aborto por tratarse de una decisión que se encontraba dentro del ámbito protegido de la intimidad de la madre. Bork había criticado con mucha dureza esta decisión en años anteriores, llegando a calificarla como quizá “el peor ejemplo de razonamiento constitucional que jamás hubiera leído”¹³⁹. Explicando ante el Comité sus objeciones a *Roe v. Wade*, Bork señaló que “Si *Griswold* había establecido un derecho a la intimidad con un razonamiento inadecuado, y había fallado al definir ese derecho de forma que pudiéramos saber a qué se aplica, *Roe v. Wade* ni siquiera contiene casi ningún razonamiento legal”¹⁴⁰.

De hecho, este punto constituyó el centro de la comparecencia. Los demócratas manejaban datos de encuestas electorales que dejaban claro que los votantes de sus respectivas circunscripciones no estarían dispuestos a aceptar el nombramiento de un

¹³⁹ VIEIRA y GROSS (1999), p. 75: “in the running for perhaps the worst example of constitutional reasoning I have ever read”.

¹⁴⁰ “If *Griswold* against Connecticut established or adopted a privacy right on reasoning that was utterly inadequate, and failed to define that right so we know what it applies to, *Roe* against *Wade* contains almost no legal reasoning”. *Nomination of Robert Bork*.... p. 158.

Juez del Tribunal Supremo que fuera a restringir el derecho a la intimidad. Y ésta fue también la herencia más importante de esta nominación, ya que en todas las posteriores se utilizaría la pregunta sobre *Roe v. Wade* como una especie de test general de aceptabilidad del candidato.

El segundo frente de ataque, también un desarrollo del derecho a la intimidad, fue el de las esterilizaciones obligatorias. Y Bork fue preguntado sobre dos casos específicos; sobre uno de ellos había opinado como profesor y en otro había firmado la sentencia mayoritaria como Juez Federal de Apelación del D.C. Este último era el más complicado. Se trataba de *Oil, Chemical and Atomic Workers v. American Cyanamid*.¹⁴¹ La empresa demandada tenía a mujeres trabajando en una zona en la que recibían una radiación excesiva que podría ser dañina para un feto. La solución que ofreció la empresa fue despedir a las trabajadoras en esa situación, salvo que aceptaran ser esterilizadas. La Administración impuso a la empresa una fuerte multa por incumplir los estatutos laborales vigentes en ese momento, y la empresa apeló. Bork fue el ponente de la decisión, que fue unánime, y estableció que la conducta de la empresa, aunque podía violar muchos estatutos federales, no violaba el estatuto laboral por el que le había sido impuesto la multa, que por tanto quedó anulada.

Cuando Bork fue preguntado a propósito de esta sentencia, al principio no pareció recordar los detalles, lo que parecía sorprendente teniendo en cuenta que era uno de los casos que había aparecido en la prensa con gran frecuencia como punto débil del candidato. Después quiso aclarar que se había limitado a examinar la conducta de la empresa a la luz del estatuto y que él, al igual que sus compañeros del tribunal, no había tenido más remedio que anular la multa porque no contravenía la norma aplicable al

¹⁴¹ 741 F.2d 444 (D.C. Cir. 1984)

caso. Pero el momento crítico se produjo cuando el juez afirmó que 5 mujeres habían aceptado la esterilización como medio de conservar su puesto de trabajo, y que él suponía que habían agradecido tener la posibilidad de elegir y no estar simplemente abocadas al despido. Dicha afirmación, como es obvio, sonaba terriblemente fría y dibujaba a un candidato incapaz de ponerse en la situación de una mujer. De inmediato, los grupos contrarios a Bork consiguieron contactar con una de las mujeres que había optado por la esterilización, y que envió un telegrama al Presidente del Comité Judicial explicando que en absoluto se habían sentido agradecidas por la posibilidad de escoger entre ser despedidas o esterilizarse¹⁴². Lo interesante de esta discusión, y el motivo por el que se desciende aquí a estos detalles, es que en unas comparecencias públicas, televisadas y fuertemente politizadas, los detalles técnicos o las explicaciones que un Juez pueda proporcionar sobre los motivos de una sentencia pueden muy fácilmente quedar oscurecidos por una frase poco afortunada o una crítica sentimental que puede deslizarse fácilmente hacia la demagogia. El papel de los medios de comunicación, que se analizará en otro punto del trabajo, resulta decisivo en este sentido.

De hecho, la siguiente línea de ataque a Bork utilizó abundantemente los recursos que podrían calificarse de sentimentales. El senador Kennedy interrogó agresivamente al candidato sobre las opiniones reflejadas por un artículo suyo ya citado en este trabajo a propósito del alcance de la doctrina del Tribunal Supremo sobre los derechos civiles¹⁴³. Bork respondió que aquel artículo reflejaba la posición de sus días “libertarios”. Pero esa declaración no pudo compensar el efecto de los testimonios presentados por los demócratas al Comité. En especial, el de John Hope Franklin, profesor de la

¹⁴² *Nomination of Robert Bork*.... p. 651.

¹⁴³ BORK (1963) “(...) *the principle of this legislation is that if I find your behaviour ugly by my standards, moral or aesthetic, and if you prove stubborn about adopting my view of the situation, I am justified in havind the state coerce you into more righteous paths*”

Universidad de Duke, que relató sus experiencias con la segregación racial ante los senadores, recordando cómo le obligaban a viajar en el vagón de las maletas en un tren en el que los prisioneros de guerra alemanes –blancos- viajaban en los vagones de los viajeros. Al final de su larga declaración afirmó que:

“Quizá mi principal preocupación es que los históricos y llamativos avances que este país ha hecho durante los últimos 35 años al mitigar al menos algunos de los más crudos aspectos del problema racial podrían llegar a ser víctimas de alguien que en raras ocasiones ha ejercido un adecuado *judicial restraint* en esta área. No hay ninguna indicación en sus escritos, en sus enseñanzas o en sus sentencias de que este candidato pudiera tener un compromiso de fondo con la erradicación de los problemas raciales o al menos con su mitigación. Uno busca en su historial en vano para encontrar algún avance en los derechos civiles que él haya apoyado desde su inicio. Los casos que he citado anteriormente han hecho mucho para hacer que ésta sea una tierra tolerable en la que personas descendientes de africanos puedan vivir. Pero me pregunto qué hubiera decidido el Juez Bork en cualquiera de ellos si hubiera servido en el Tribunal en el momento en que se plantearon. No podemos asumir el riesgo de tener en el Tribunal Supremo a una persona cuyos puntos de vista dejan claro que sus decisiones en esas materias serían contrarias a los intereses de esta nación y del mundo”¹⁴⁴.

Algo parecido sucedió también con las preguntas del Comité sobre *Shelley v. Kramer*¹⁴⁵, un interesante caso en el que se planteaba la aplicación del principio de no discriminación a las relaciones entre particulares. El Tribunal Supremo había sostenido que un tribunal estatal no podía avalar la ejecución de un contrato en el que un propietario incluía unas cláusulas que impedían vender la propiedad a minorías raciales. Se planteaba un problema parecido al de los casos anteriores. Bork había criticado académicamente la sentencia afirmando que con esa doctrina se transformaba la 14ª Enmienda, que prohibía las discriminaciones del Gobierno, y que ahora pasaría a ser una prohibición general de discriminación que afectaba a todas las relaciones entre

¹⁴⁴ MERSKY y JACOBSTEIN (1990), p. 2301.

¹⁴⁵ 334 U.S. 1 (1948)

particulares. Muchos otros académicos estaban de acuerdo con Bork en esas críticas, pero en las sesiones de confirmación fue muy fácil dar profundizar en la impresión de la escasa sensibilidad del candidato hacia los derechos de las minorías raciales.

Conviene tener presente que la cuestión de las minorías raciales tenía una importancia capital para los senadores que tenían que votar la nominación de Bork, especialmente para los republicanos. En 1986, las *midterm elections* habían hecho sido muy negativas para el partido de Ronald Reagan, que vio cómo su mayoría en el Senado (53-47) se convertía en una clara minoría (45-55) Y varios de los candidatos demócratas que arrebataron el escaño a sus rivales lo hicieron por márgenes muy estrechos y gracias al voto masivo de los votantes negros. Por eso los oponentes de Bork hacían un esfuerzo especial por convencer a la opinión pública de que la nominación del candidato supondría una regresión en los derechos civiles de manera que ningún senador demócrata, mayoritarios en la Cámara, pudiera permitirse votar a favor de la nominación sin arriesgar su propia reelección.¹⁴⁶

Pero quizá la cuestión más polémica fue la de la propia doctrina de interpretación constitucional defendida por Bork, el originalismo judicial, que no era nuevo –ya se había planteado cuando John Marshall creó el *Judicial Review* en *Marbury v. Madison*- pero era una parte esencial de la visión de Bork sobre la labor de los jueces y del proyecto de la Administración Reagan para hacer llegar su proyecto conservador a la interpretación de la Constitución.

En 1985, el Juez Brennan había afirmado en una conferencia que ese supuesto originalismo jurisprudencial “no era más que arrogancia vestida de humildad, una falsa pretensión de que la voluntad de los Fundadores puede ser descubierta, una decisión

¹⁴⁶ VIEIRA y GROSS (1999), p. 87.

política contraria a los intereses de la minoría tomada por una mayoría que se viste con las togas de la neutralidad histórica¹⁴⁷”.

Durante las sesiones de confirmación, las ideas originalistas de Bork fueron discutidas por muchos profesores de Derecho que comparecieron para explicar que no tenía sentido defender que la Constitución -llena de cláusulas de contenido indefinido, y diseñada con la intención de aplicarse en una sociedad que evoluciona- habría de ser interpretada exclusivamente con la referencia de las intenciones de unas personas que habían muerto hace 200 años. En varias ocasiones se citaron las palabras de Brandeis, uno de los más prestigiosos jueces de toda la historia del Tribunal Supremo, que afirmó que la Constitución no es una “estrecha chaqueta” sino “un organismo viviente”, cuya capacidad de adaptación es la causa de su permanencia¹⁴⁸. También se criticó la ingenuidad que suponía pensar que un juez originalista tendría fácil encontrar esa voluntad de los Fundadores, cuando eso habría de requerir en cada caso unos conocimientos y un método histórico que no formarían parte, habitualmente, del bagaje intelectual de cada juez. Se citaron, de hecho, algunos ejemplos de esas “excursiones por la historia” de algunos jueces como muestra de lo inconveniente de poner esa carga sobre sus hombros¹⁴⁹. Además del inconveniente de que algunos de esos mismos Fundadores no pensaron que el modo ideal de interpretar la Constitución fuera considerar, en el futuro, sus propias intenciones¹⁵⁰.

Y los senadores contrarios a Bork se centraron en un caso ideal para tratar de poner a la vista las contradicciones de una postura originalista: *Brown v. Board of*

¹⁴⁷ [That original intent jurisprudence was] “little more than arrogance cloaked as humility, a false pretense that the Framers’ intent could be discovered and, more damningly, a political choice against claims of the minority versus the majority cloaked in the robes of neutral historicism”. LAZARUS (1999), p. 241.

¹⁴⁸ *United States v. Moreland*, 258 U.S. 433, 451 (1922)

¹⁴⁹ RAKOVE (1996), pp. 3-22.

¹⁵⁰ POWELL (1985)

*Education*¹⁵¹. La sentencia que acabó con la segregación racial en las escuelas era indiscutible; ningún candidato a la nominación podría pretender oponerse a ella y ver confirmado su cargo. Pero resultaba muy difícil encajar esa doctrina en las “intenciones originales” de los Fundadores, que en este caso serían los legisladores que aprobaron la 14ª Enmienda en la que se basaba la sentencia de *Brown*. De hecho, las evidencias históricas parecían probar de manera clara que para quienes aprobaron la 14ª Enmienda, ésta era perfectamente compatible con la segregación racial en las escuelas, no sólo porque así se afirmó explícitamente durante los debates, sino porque además el propio Distrito de Columbia en el que se encontraba el Congreso que aprobó la Enmienda mantenía por entonces, y siguió manteniendo, escuelas segregadas¹⁵². Bork justificó su doctrina afirmando que en realidad, la Enmienda contenía desde su origen un principio general de igualdad racial, y que en 1954, la época de *Brown*, es cuando se hizo evidente para todos que esa igualdad racial no era compatible con el sistema de escuelas separadas.

Pero esta explicación, aunque ofrecía a Bork una salida, no parecía completamente coherente con la su expresada voluntad de interpretar siempre la Constitución de acuerdo con el significado que sus propias palabras tenían para las personas que la aprobaron.

g) La campaña en los medios. El uso de las encuestas de opinión.

¹⁵¹ 347 U. S. 483 (1954)

¹⁵² LAZARUS (1999), p. 243.

La nominación de Robert Bork superó a todas las anteriores en cuanto a su repercusión en los medios de comunicación y la utilización por parte de éstos por los propios senadores para guiar su actuación en los debates. En especial, se utilizaron ampliamente encuestas electorales para saber qué críticas tendrían más peso en la opinión pública y para tratar de averiguar qué peso tendría un voto negativo o positivo en la reelección de los senadores que se jugaban el puesto en convocatorias próximas a las sesiones de confirmación.

Resulta especialmente interesante señalar que las primeras encuestas mostraron que la mayor parte de la gente no había oído hablar nunca acerca de Robert Bork. También aparecía en esas consultas que, aunque por margen no muy amplio, el público era favorable a que el Senado ampliara su papel durante las nominaciones y examinara las ideas judiciales del candidato y no sólo su aptitud profesional¹⁵³. Los datos también proporcionaban perfiles de los votantes que apoyaban la confirmación: blancos, varones y republicanos, y los que eran contrarios a ella: negros, mujeres y demócratas.

Los demócratas también obtuvieron otros datos especialmente interesantes. Uno de los puntos del historial de Bork que podía presentar un flanco vulnerable era que él, como *acting attorney general*, tras la dimisión del titular, había cumplido la orden de Nixon de destituir al fiscal especial del caso Watergate, Archibald Cox. Era presumible que esa historia ocupara buena parte de los interrogatorios, pero las encuestas mostraron que los votantes estaban ya cansados del Watergate y no iba a ser una estrategia eficaz.¹⁵⁴ Pero esas mismas encuestas dejaban muy claro que a los votantes demócratas les resultaba de capital importancia el mantenimiento de la doctrina de *Roe v. Wade*, y

¹⁵³ LAZARUS (1999), p. 151.

¹⁵⁴ PERTSCHUK y SCHAETZEL (1989), p. 134.

cuando se les explicaba que la confirmación de Bork podía poner en peligro la legalidad del aborto se mostraban claramente contrarios a ella.

Poco antes del comienzo de los debates, otra encuesta mostraba que el 66 por ciento de los votantes estaba indeciso con respecto a Bork¹⁵⁵, apoyándole el 14 por ciento y rechazándole el 13. Pero el testimonio del propio candidato pareció influir bastante en las percepciones del público, porque una encuesta realizada por la misma empresa para el mismo medio de comunicación reflejaba dos semanas después, tras el testimonio de Bork, que era apoyado por un 16 por ciento y rechazado por un 26 por ciento, mientras un 57 por ciento de los encuestados permanecía aún indeciso¹⁵⁶.

Pero las encuestas que más impacto tendrían entre los senadores cuyo voto no estaba aún comprometido eran las que reflejaban las preferencias de los votantes del sur. Y la más extensa de ellas, realizada en doce estados sureños, mostraba que un 51 por ciento de los encuestados se ponían a la confirmación, con sólo un 31 por ciento apoyando a Bork¹⁵⁷. Como ya se ha mencionado, muchos de los senadores demócratas de esos estados habían ganado su escaño con márgenes estrechos y debido al apoyo masivo de los votantes negros, que se mostraban especialmente contrarios a Bork.

Como ya se ha mencionado, los diversos grupos de presión que contrataron anuncios en radio, prensa y televisión, y que realizaron masivos envíos de correo postal, utilizaron los resultados de estas encuestas para seleccionar los mensajes y pedir

¹⁵⁵ *New York Times*, 15 de septiembre de 1987, p. A27.

¹⁵⁶ *New York Times*, 24 de septiembre de 1987, p. A20.

¹⁵⁷ LAZARUS (1999), p. 154.

explícitamente a los electores que presionaran a sus senadores para evitar la confirmación¹⁵⁸.

Por lo que respecta al acceso directo del público a las audiencias de confirmación, éstas fueron retransmitidas por completo por el canal público C-SPAN, y todas las grandes emisoras de televisión emitieron amplios extractos diarios de cada sesión en sus informativos. Se calcula que en torno a 4 millones de personas vieron las audiencias, y más de 50 ó 60 vieron algunos de los anuncios televisados encargados por la campaña anti-Bork.

Y resulta especialmente significativo, a la hora de analizar el procedimiento de confirmación parlamentaria de un magistrado, que casi todos los analistas posteriores destacarían que lo que más daño hizo a Bork fueron el tono de sus respuestas, más que el contenido de las mismas. Se trataba de contestaciones rápidas y precisas, a veces demasiado, con lo que se reforzaba la imagen de intelectual doctrinario y frío, carente de compasión, que sus críticos querían transmitir¹⁵⁹.

También fue muy perjudicial para Bork el hecho mismo de que las cuestiones jurídicas son difíciles de resumir en pocos segundos. Sus defensores se quejaron con frecuencia de que algunos de los senadores demócratas se dedicaban a leer una larga lista de preguntas preparadas por su equipo. A continuación, el juez refutaba una por

¹⁵⁸ En el más conocido de los anuncios que se divulgaron, ya mencionado en estas páginas, aparecía Gregory Peck con una joven familia en la escalinata del Tribunal Supremo. Y después de repasar las calamidades que la confirmación de Bork podría traer, el célebre actor concluía afirmando que: *“Robert Bork could have the last word on your rights as citizens, but the Senate has the last word on him... Please urge your senators to vote against the Bork nomination, because if Robert Bork wins a seat on the Supreme Court, it will be for life –his life and yours”*. El anuncio había sido encargado por *People for the American Way*.

¹⁵⁹ LAZARUS (1999), p. 159. Cuando el senador De Concini, uno de los últimos indecisos en el Comité Judicial, anunció su decisión de votar contra el candidato, afirmó que *“[he] was more concerned than ever about [Bork’s] lack of compassion... I do not believe the U.S. Senate can take the risk that putting Judge Bork on the Supreme Court entails. His entire career indicated a lack of understanding on the effect of judicial decisions on real people. Judge Bork views the Constitution as a bloodless and sterile contract instead of a bond between diverse and competing people to use common sense and consideration of each other as a framework to build a nation”*. 133 Cong. Rec. 28, 905 (1987)

una las críticas matizando el contexto jurídico en el que se habían producido sus afirmaciones. Y después el senador que había preguntado hacía un resumen de 30 segundos que presentaba como una conclusión del interrogatorio, y que no tenía ninguna relación con ninguna de las respuestas dadas por el candidato. Por supuesto, éste último resumen era el que aparecía en los resúmenes elaborados por las cadenas de televisión, pero no por un prejuicio ideológico sino por una necesidad inherente al medio¹⁶⁰.

h) La votación final

Tras las largas e intensas sesiones en el Comité Judicial, la votación final arrojó un resultado de 9 a 5 en contra de la confirmación. Dado que ningún candidato del siglo XX había sido confirmado después de ser derrotado en el Comité, casi todo el mundo esperaba que Bork se retirara de la carrera o que el Presidente retirara la nominación. Pero ambos se mantuvieron en sus posiciones, lo que obligó a que el pleno del Senado se pronunciara después de un nuevo debate, en el que el centro principal de la discusión fue el propio proceso de confirmación, objeto de fuertes críticas por parte de algunos senadores republicanos que hicieron notar que el modo en que la mayoría –demócrata– había escogido para tratar de derrotar al candidato había politizado la discusión y había cambiado el sistema mismo de las sesiones de confirmación, además de ampliar arbitrariamente el papel que la Constitución concedía al Senado en este procedimiento.

¹⁶⁰ Algunos buenos ejemplos de este tipo de interrogatorios, que quizá son inseparables de un método de confirmación como el norteamericano, pueden verse en MCGUIGAN y WEYRICH (1990), pp. 263-267.

Tras la nueva ronda de debates, la votación final arrojó el resultado previsto, y la nominación de Robert Bork como Juez del Tribunal Supremo fue rechazada por 42 votos contra 58.

2. 7. 2. Las consecuencias de la nominación de Bork.

Tras el largo, tenso y fallido proceso de confirmación de Bork, varias cosas habían cambiado en la forma en que los protagonistas –Presidente, Senado y candidato– afrontarían desde entonces el proceso de confirmación previsto en la *Appointments Clause* del Art. II de la Constitución de los EEUU.

En primer lugar, y era la conclusión más importante, quedaba claro que el Senado de los EEUU había afirmado su derecho a cuestionar al candidato en todo lo relativo a su “filosofía judicial”. Es decir, los senadores, y por tanto los electores, tienen derecho a saber qué es lo que pueden esperar como juez, como intérprete de la Constitución, de un candidato al Tribunal Supremo. No se trata ya sólo de comprobar si el nominado tiene unas credenciales profesionales suficientes, o si ha incurrido en el pasado en alguna conducta que le inhabilite para el cargo de alguna manera. Los senadores asumieron, durante los debates de Bork, el poder de preguntar directamente al candidato sobre cómo respondería como juez ante cuestiones concretas. Y el objetivo de estas preguntas, al menos el declarado externamente por los senadores que las formulaban, era saber si esa filosofía judicial era acorde con el sentir de la mayoría de los norteamericanos, el “*american mainstream*”.

Ahora bien, esto no implicaba necesariamente que los candidatos tuvieran la obligación de “adelantar” en las sesiones de confirmación sus hipotéticos pronunciamientos sobre los temas que los senadores sometieran a su consideración. De hecho, la forma en que Bork había sido presionado sirvió para que los siguientes candidatos acudieran a los interrogatorios provistos de una buena serie de elegantes evasivas¹⁶¹ que les permitieran no pronunciarse abiertamente sobre las cuestiones más polémicas sin faltar al respeto debido al Comité Judicial del Senado. En otras ocasiones, las excusas eran más irrelevantes o débiles¹⁶²; cualquier cosa antes de tomar partido claro proporcionando a los senadores críticos un motivo para denegar la confirmación.

¹⁶¹ En las sesiones de confirmación del Juez Souter, propuesto por G. H. Bush, el senador Metzenbaum -que había criticado a Bork con dureza por su frialdad- preguntó al candidato sobre la cuestión del aborto. La forma en que Souter resolvió la situación demuestra que había aprendido la lección:

- Senador Metzenbaum: “[Antes de la legalización del aborto con Roe] hubo mujeres de su edad que contaban terribles historias (...) Mi pregunta no es cómo resolvería usted en un caso como el de Roe sino ¿qué situación afronta una mujer que se encuentra con un embarazo no deseado? Me gustaría conocer su punto de vista sus ideas sobre la posición de una mujer en esas circunstancias.

El Juez respondió con una anécdota de su época de estudiante en Harvard. Un tarde, un estudiante de primer año acudió a él muy agitado y le contó que su novia estaba embarazada y que iba a intentar provocarse un aborto ella misma, pero que no sabía cómo hacerlo. Tenía miedo de decírselo a sus padres y también de ir a la clínica. Y el novio quería que Souter hablara con ella. El relato de Souter concluyó así:

- Juez Souter: “No contaré aquí lo que traté de decirle a ella, senador. Pero pasé dos horas en un pequeño dormitorio aquella tarde, escuchándola y tratando de darle un consejo. Y su pregunta me ha devuelto este recuerdo. Y sé lo que usted estaba intentando decirme porque me acuerdo de aquella tarde”.

Y ahí terminó la declaración de Souter. Era imposible deducir de su declaración cuál sería su postura sobre Roe si se le presentara la ocasión de pronunciarse en el Supremo. Pero había dado una impresión de juez sereno y compasivo, y eso le hizo inmune a la crítica y obligó al interrogador a seguir por otros derroteros. *U.S. Senate, Committee on the Judiciary, Hearings on the Nomination of David Souter to be Associate Justice of the Supreme Court of the United States*, Sept, 1990, 101 Cong. 2 sess., 114-115.

¹⁶² Un ejemplo especialmente significativo de esa otra forma de defensa pudo verse en la agitada confirmación de Clarence Thomas. Durante los tres días de su declaración, se le preguntó 70 veces cuál era su posición sobre el asunto del aborto. En todos los casos respondió evasivamente. Y ante preguntas del senador Patrick Leahy, llegó a decir que él nunca había discutido sobre *Roe v. Wade* con nadie. Esto resultaba difícilmente creíble teniendo en cuenta que él era un estudiante de *Yale Law School* cuando el Tribunal Supremo publicó la decisión de *Roe*.

El Senador Leahy le preguntó: -¿Nunca ha tenido una discusión sobre *Roe v. Wade* aparte de la que tiene lugar ahora?

- Si me está preguntando si alguna vez he debatido sobre los contenidos de la decisión, la respuesta es no, senador.

- Déjeme preguntarle esto: ¿alguna vez ha tenido en su mente alguna opinión sobre si *Roe v. Wade* fue adecuadamente resuelto, aunque no nos diga cuál fue esa opinión?

- Senador, nunca he tenido una opinión en uno u otro sentido con respecto a esa importante decisión”.

De hecho, desde la confirmación de Bork todos los candidatos son cuidadosamente preparados para las sesiones de confirmación, del mismo modo que sucede con los candidatos a un escaño senatorial o a la Presidencia, cuando se preparan para un debate¹⁶³. Los debates se televisan y cualquier error en las declaraciones o en las respuestas puede suponer un problema.

Y esto lleva a uno de los tópicos negativos que surgió del proceso de Bork, el de que las sesiones de confirmación se habían convertido prácticamente en un proceso electoral, alterándose así de un modo sustancial el papel que la Constitución otorgaba al Tribunal Supremo. Y parte de las críticas a sobre la “electoralización” del proceso se dirigían al relevante papel que los grupos de presión habían desempeñado en él.

Pero a pesar de la tensión y la abundante discusión pública y académica que generaron los hechos, o quizá precisamente por ello, no surgió de la nominación de Bork una doctrina unitaria sobre cuáles habían sido los peores defectos del sistema y qué había que hacer para intentar cambiarlo.

Uno de los esfuerzos más importantes que se realizó en este sentido fue el propuesto por la *Twentieth Century Fund*, que reunió a un grupo de abogados, profesores y funcionarios públicos para intentar elaborar una propuesta conjunta sobre las mejoras que debían aplicarse a los debates de confirmación. El informe final expresaba el deseo de que los debates se “despolitizaran”, y hacía varias propuestas concretas: a) Que los participantes externos vieran mucho más limitada su capacidad de tomar parte en el proceso, b) que los candidatos no estuvieran obligados a comparecer como testigos ante el Comité Judicial, c) que si los candidatos decidían comparecer o su

U.S. Senate, Committee on the Judiciary, Hearings on the Nomination of Judge Clarence Thomas to be Associate Justice Supreme Court of the United States Supreme Court of the United States, Sept. 1991, 102 Congres. 1 sess, pt. 1, pp. 222-23.

¹⁶³ MALTESE (1995), p. 112.

presencia seguía siendo obligatoria, que no se les pudiera preguntar sobre su hipotética respuesta como jueces ante cuestiones concretas, y d), que el Comité Judicial y el Senado basaran su decisión sobre la confirmación en el historial escrito del candidato y en el testimonio de expertos con competencia reconocida sobre el tema¹⁶⁴. Pero ni siquiera este grupo de expertos fue unánime al expresar esos puntos. Tres de los miembros, de un total de diez, firmaron opiniones discrepantes en las que mostraban su desacuerdo con alguna de las recomendaciones.

Como ejemplo de una posición muy diferente puede servir la de Stephen Carter. En un artículo de 1994¹⁶⁵, Carter analizaba la variada discusión doctrinal y las numerosas propuestas de reforma surgidas desde la nominación de Bork en 1987, incorporando la experiencia de las primeras nominaciones fallidas de Bill Clinton (para puestos que no eran en el Tribunal Supremo). La mayor parte de los cambios sugeridos en los materiales analizados por Carter iban en la línea de los ya mencionados, es decir, la disminución de la intervención externa en las audiencias. Esto podría lograrse por medio de la reducción o prohibición de la participación de grupos de interés, impidiendo la retransmisión televisada o revirtiendo el carácter público de las sesiones y volviendo a la época en que sólo los senadores podían asistir a ellas. Tras el repaso de posibles soluciones, Carter señalaba que sólo habría un modo de reducir la politización que no hiciera necesaria una reducción de la publicidad del debate: la elevación a dos tercios de la mayoría necesaria para confirmar a un Juez del Supremo en el Senado. De ese modo, el Presidente se vería obligado a proponer candidatos de consenso. También sugería, aunque con menos convicción, otras dos posibles reformas mucho más

¹⁶⁴ OWENS (2005), p. 148.

¹⁶⁵ CARTER (1994), pp. 195-203.

radicales: poner un límite al mandato de los jueces del Tribunal Supremo o que fueran directamente elegidos por el pueblo.

Otro grupo de autores es más escéptico sobre las posibilidades de “arreglar” el proceso de nominaciones. Ejemplo de ello es Maltese, al que hemos seguido mucho en estas páginas, y que considera que los problemas de las confirmaciones están mucho más directamente relacionados con las circunstancias políticas de cada caso que con el sistema en sí¹⁶⁶. Y este punto de vista estaría respaldado por las confirmaciones posteriores a Bork, las de Anthony Kennedy y David Souter. En ambos casos se trató de propuestas de presidentes republicanos que habrían de ser aprobadas por un Senado de mayoría demócrata. Pero a diferencia del caso Bork, ambos jueces recibieron sus cargos después de unos debates relativamente breves y tranquilos¹⁶⁷. Lo mismo sucedería con los jueces propuestos por Bill Clinton en 1993 y 1994, Ruth Baden Ginsburg y Stephen Breyer. Ambos fueron confirmados sin mayores problemas. Pero en medio de esas confirmaciones tuvo lugar un debate aún más tenso, aunque por razones ajenas a la *judicial philosophy* o a las credenciales jurídicas del candidato. Hablamos de la nominación de Clarence Thomas en 1991, en la que se discutió en directo y ante millones de espectadores si el candidato al Tribunal Supremo había acosado sexualmente a una de sus colaboradoras.

Pero la mayor parte de la doctrina considera que el hecho de que las confirmaciones posteriores a Bork fueran mucho más tranquilas –con la excepción de la de Clarence Thomas–, no se debió tanto al cambio de circunstancias políticas sino sobre todo a la experiencia que el Presidente y los candidatos aprendieron en el tantas veces

¹⁶⁶ MALTESE (1995), p. 149.

¹⁶⁷ En ambos casos, especialmente en el de Anthony Kennedy, se trataba de jueces con un historial claramente conservador. Pero el modo amable y “compasivo” en el que fueron capaces de presentarse los propios candidatos, hizo sus confirmaciones inevitables. VIEIRA y GROSS (1999), p. 193.

ya citado caso Bork. Ya hemos mencionado que los jueces, desde entonces, han sido extremadamente cuidadosos en el tema de la llamada judicial philosophy, para evitar pronunciarse sobre el modo en que se comportarían como jueces en asuntos específicos.

Pero los Presidentes también aprendieron que había algunos perfiles de juez mucho más fáciles de confirmar que otros. La experiencia de Bork, un candidato con un amplio historial de conferencias, publicaciones y sentencias que expresaban con fuerza y claridad sus puntos de vista, enseñaba que resultaba mucho menos vulnerable un candidato con un pasado más discreto, en el que no fuera fácil encontrar pronunciamientos claros sobre las cuestiones que más dividen a la sociedad norteamericana en cada momento. Es lo que sucedió cuando el Presidente George Bush (padre) tuvo que elegir a su primer candidato.

La persona escogida fue David Souter, cuyo rasgo más característico en aquel momento era que tenía un historial en el que había escasísimos pronunciamientos claros sobre los asuntos clave. Pronto fue apodado por uno de los senadores como un “*stealth nominee*”, un nominado invisible¹⁶⁸.

Así pues, la herencia del caso Bork fue un perfil claro del magistrado que podía obtener una confirmación fácil. Tenía que reunir tres requisitos: por una parte, un historial poco estridente y sin pronunciamientos claros sobre los temas que afectarían a la *judicial philosophy*. Por otra parte, en las sesiones ante el Comité Judicial tendría que tener la habilidad suficiente como para esquivar las preguntas sobre esos temas sin faltar al respeto a la Cámara y sin cometer errores. Y a eso convendría unas credenciales profesionales indiscutibles, como juez o como estudioso del derecho, o ambas a la vez. Ése sería también el perfil de los últimos jueces nominados por George W. Bush: John

¹⁶⁸ OWENS (2005), p. 161.

Roberts y Samuel Alito, el primero de ellos como nuevo *Chief Justice* del Tribunal en sustitución del fallecido John Rehnquist.

2. 8. LAS NOMINACIONES POSTERIORES A BORK.

El objeto de esta sección del trabajo no es relatar la historia de las nominaciones de jueces del Tribunal Supremo durante el siglo XX, sino analizarlas para encontrar en ellas los rasgos que definen el sistema de confirmación parlamentaria de magistrados de constitucionalidad en la Constitución norteamericana. Como la mayor parte de la doctrina norteamericana, consideramos que el proceso de confirmación de Robert Bork señala un punto decisivo de inflexión y define los rasgos esenciales del procedimiento sin que se hayan producido después cambios esenciales, por lo que sólo realizaremos ahora un breve recorrido por las nominaciones posteriores para confirmar este punto.

2. 8. 1. La sustitución de Robert Bork. La fallida nominación del Juez Ginsburg y la confirmación de Anthony Kennedy.

Tras el rechazo del Senado a su candidato, Ronald Reagan tenía que encontrar un sustituto relativamente rápido para evitar que terminase su mandato sin aprovechar la ocasión de llenar la silla vacante en el Tribunal. El Presidente anunció su intención de nombrar a un magistrado claramente conservador, y tenía la intención de que sus nombramientos influyeran en el Tribunal durante largo tiempo. Eso jugó a favor de uno

de los que estaban en la parte noble de la lista de candidatos, el juez federal Douglas Ginsburg, de sólo 41 años de edad. Su historial era claramente conservador, y los senadores demócratas anunciaron una confirmación problemática. Pero al final no sería necesaria una batalla larga. La premura con la que el equipo presidencial había tenido que anunciar el nombramiento probablemente influyó en que no tuvieran tiempo suficiente para examinar a fondo el pasado del candidato. Y pronto empezaron a surgir problemas.

Ginsburg presentaba al menos dos posibles casos de conflicto de intereses como consecuencia de su paso por algunos cargos administrativos. Pero además pronto empezaron a surgir dudas sobre cuál era la posición del candidato sobre el aborto, al que parecía bastante más favorable de lo que las bases del partido republicano podían tolerar. Pero la gota que colmó el vaso fue la noticia de que Ginsburg había consumido marihuana en público en los 70, cuando era profesor en Harvard. El juez tuvo que explicar el asunto en una rueda de prensa en la que reconoció los hechos y se mostró arrepentido. Pero eran ya demasiados puntos vulnerables y algunos senadores republicanos empezaron a solicitar a la Casa Blanca que retirara la nominación. El propio Ginsburg se encargó de hacerlo renunciando a competir por el cargo, sólo nueve días después de que el Presidente hubiera anunciado su elección¹⁶⁹.

Los hechos no hacían sino confirmar lo dicho en el párrafo anterior. Hacían falta candidatos con un pasado impecable y que supieran manejarse bien en las sesiones de confirmación.

El Presidente lo entendió así y el escogido fue Anthony Kennedy. Se trataba de un juez con un historial claramente conservador, en realidad bastante parecido al de

¹⁶⁹ VIEIRA y GROSS (1999), p. 185.

Robert Bork. Pero carecía de las numerosas intervenciones públicas y académicas sobre las cuestiones de “*judicial philosophy*” que tantas armas habían proporcionado a los partidarios de la confirmación. Y sobre todo, sus maneras le hacían aparecer como un juez más templado y moderado que Bork. Durante los debates de confirmación, Kennedy se manejó con habilidad y discreción en todas las preguntas importantes, especialmente en las referidas al derecho a la intimidad, dirigidas a sondear –ya hemos hablado del test sobre Roe- su posición sobre el aborto. En realidad sus verdaderas posiciones de fondo no quedaron nada claras, pero al igual que podía decirse que quizá coincidía con Bork en los conceptos de fondo, nadie podría encontrar en sus declaraciones algo que permitiera afirmar que Kennedy anularía la doctrina de Roe en cuanto tuviera ocasión de hacerlo¹⁷⁰.

Tampoco quedó clara, a pesar de la insistencia de algunos senadores demócratas, la posición de Kennedy en cuestiones tan relevantes como la libertad de expresión o la acción afirmativa. Al ser preguntado por el senador Biden sobre la acción afirmativa, Kennedy dio una respuesta que se convertiría en modelo para los siguientes candidatos al Supremo: “Ese asunto no se me ha planteado nunca hasta ahora como juez federal, pero podría tener que decidir sobre él como Juez del Tribunal Supremo, así que no puedo comprometerme sobre la materia”¹⁷¹.

De hecho, en muchas otras materias respondió de un modo parecido, con declaraciones poco comprometedoras que no fueron cuestionadas por un Senado que había consumido buena parte de sus energías políticas en la confirmación anterior. En

¹⁷⁰ De hecho, el informe final del Comité Judicial que recomendaba su confirmación utilizó las preguntas sobre el derecho a la intimidad como un modo de afirmar la diferencia entre Bork y Kennedy y de explicar por qué en este caso sí recomendaba la confirmación. *Nomination of Anthony M. Kennedy to Be Associate Justice of the United States Supreme Court*, 100th Cong. 2 sess., 18-20.

¹⁷¹ “*The issue has not come before me in a judicial capacity as a circuit judge, and might well as a Supreme Court Justice, so I would not commit myself on the issue*”. *Nomination...* 182.

realidad, el comportamiento de la oposición demócrata reforzaba la idea, ya mencionada, de que un Presidente siempre puede conseguir nombramientos acordes con su propia “ideología judicial”, siempre que escoja candidatos que sepan adaptarse adecuadamente al proceso de confirmación. Pero incluso si esto no sucede, el Presidente podrá conseguir su propósito en el segundo intento y será difícil o casi imposible que el Senado rechace a dos candidatos de forma consecutiva para el mismo puesto.

El informe final del Comité Judicial del Senado fue favorable, y envió el nombramiento al pleno con la unánime recomendación –con los 14 miembros a favor y ninguno en contra- de que se confirmara el nombramiento. Esto podría resultar sorprendente, tras las fuertes tensiones del caso Bork, ante un Juez de perfil conservador y con un Comité Judicial compuesto por los mismos miembros. Pero no hace más que reforzar las ideas anteriormente expresadas, relativas al modo en que un candidato ha de conducirse durante el proceso¹⁷².

Por otra parte, resulta de especial interés notar que el Comité Judicial puso un especial cuidado en explicar las razones de su diferente comportamiento en los dos sucesivos procesos de confirmación. Y en el informe final, se enuncian con cierta solemnidad los poderes que el Senado considera que tiene en la nominación de jueces del Tribunal Supremo, así como el modo en que el Juez Kennedy cumple con los requisitos exigidos.

¹⁷² En cualquier caso, casi toda la doctrina está de acuerdo en que Kennedy se ha comportado como un juez mucho más moderado de lo que lo habría sido Bork, por lo que el comportamiento de los senadores demócratas que confirmaron su nominación ha resultado razonable con el paso de los años. COMISKEY (2004), p. 38. Muchas importantes sentencias decididas por el mínimo margen de 5 a 4 han caído del lado “liberal” gracias al *swing vote* de Kennedy. Así en *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), *U.S. v. Eichmann*, 496 U.S. 310 (1990) y en la decisiva *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) que confirmaba la doctrina de *Roe v. Wade*. También en *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992), *U.S. Term Limits v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995), *U.S. v. Playboy Entertainment Group*, 529 U.S. 803 (2000) y *Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472 (2003).

Con respecto a sus poderes, el Comité afirma que: “El nombramiento de un Juez del Tribunal Supremo de los EEUU celebra el peculiar genio de nuestra Constitución. Dos de los poderes comparten el poder de determinar los miembros del tercero, al que corresponde explicar la autoridad de los otros dos, las relaciones entre el poder federal y el de los Estados, y los derechos y libertades de todos los Americanos. Para cumplir con esa función el Presidente y el Senado deben respetar respectivamente la posición constitucional del otro, y a la vez permanecer firmes en la propia. Al seleccionar un candidato, el Presidente debe considerar los puntos de vista del Senado y del pueblo americano aunque sólo le corresponda a él la autoridad para seleccionar al candidato para el Tribunal. El Senado, a su vez, debe abstenerse de dictar una elección específica al Presidente pero ejerciendo su derecho a valorar la filosofía judicial y constitucional del candidato en ejercicio de su poder de ‘aconsejar y consentir’”.

2. 8. 2. Las nominaciones de George Bush: Souter y Thomas

a) David Souter

En julio de 1990 William Brennan anunció que se retiraba de su cargo en el Tribunal. La elección de George Bush recayó casi inmediatamente en David Souter. Se trataba de un juez considerado conservador, pero en cuyo historial no había prácticamente ningún pronunciamiento relevante sobre alguna de las cuestiones cruciales que habían tensado las nominaciones anteriores. Como ya se ha mencionado,

esto le valió al Juez Souter ser calificado como un “*stealth nominee*”, un nominado de pasado invisible al que sería especialmente difícil encontrarle puntos vulnerables durante el proceso de confirmación. El único punto posible de conflicto era que Souter se había mostrado partidario de una interpretación “originalista” de la Constitución, utilizando una formulación bastante parecida a la empleada por Bork. Respondiendo a preguntas sobre ese punto, Souter afirmó que “Cuando buscamos el significado original, estamos buscando el significado y el principio. No nos limitamos simplemente a buscar la aplicación inmediata¹⁷³”. En realidad, como ya se ha dicho, Bork también había matizado su originalismo con frases parecidas pero las circunstancias eran diferentes y en este caso los senadores se tranquilizaron ampliamente con las respuestas del candidato. Y resultaba aún más importante el hecho de que en su historial no apareciera ninguna crítica de las sentencias más liberales del período anterior, especialmente de las referidas a derechos civiles y al aborto.

Además, y como ya se ha mencionado también, el Juez Souter supo esquivar con habilidad las preguntas más complicadas dando la impresión de ser un candidato capaz y cualificado y de posiciones moderadas en los asuntos que más preocupaban al grupo de senadores demócratas que habían estado detrás del rechazo a la confirmación de Bork. Y expresamente afirmó en varias ocasiones que no le podía pronunciarse sobre un asunto –como el aborto– que muy probablemente le correspondería decidir como Juez del Tribunal Supremo.

Por otra parte, en los días de los debates de confirmación de Souter se produjo el ataque a Kuwait por parte de Irak, lo que valió al agresor a su vez una invasión por parte

¹⁷³ “*When we look for the original meaning, we are looking for meaning and for principle. We are not confining ourselves simply to immediately intended application*”. *Nomination of David H. Souter to Be Associate Justice of the United States Supreme Court: Hearings Before the Senate Committee of the Judiciary*, 101st Cong. 2d sess. 235.

de tropas norteamericanas. De ese modo, la nominación de Souter, que ya estaba teniendo un perfil relativamente bajo, desapareció casi por completo de la agenda política de los medios y la opinión pública, lo que hizo que la confirmación fuera aún menos complicada.

Las sesiones mostraron una vez más que un candidato bien preparado y que no cometiera errores podía eludir a los senadores y no dar información relevante sobre su “filosofía judicial” que pudiera acarrearle una confirmación complicada¹⁷⁴.

b) Clarence Thomas

El siguiente candidato escogido por George Bush fue un caso mucho más complicado, y su nominación, aunque finalmente confirmada por el Senado por escaso margen, resultó aún más polémica y seguida por los medios de comunicación y por el público en general que la de Robert Bork. Pero aquí la trataremos con brevedad, porque los motivos de la tensión fueron esencialmente no jurídicos, y no resultan relevantes para la evolución del proceso de confirmados de Jueces del Tribunal Supremo.

El Presidente Bush tenía que sustituir a Thurgood Marshall, una figura especialmente significativa por ser el primer juez de raza negra que ocupó un puesto como *Associate Justice* en el Tribunal Supremo.

La elección recayó en otro juez afroamericano, Clarence Thomas, con un marcado historial conservador. Parece que sus asesores consideraron que después de

¹⁷⁴ En el *Chicago Tribune* apareció esos días un buen resumen de esa nueva situación: “Las sesiones de confirmación de Jueces del Supremo solían ser antes muy poco informativas porque a nadie le importaba particularmente qué pensaba el candidato y nadie se creía autorizado para preguntarle sobre esas cosas. Ahora las sesiones son poco informativas porque, aunque todo el mundo trata de saber qué piensan, nadie ha encontrado una forma de extraer de ellos información fiable” VIEIRA y GROSS (1999), p. 199.

Souter, que acabaría convirtiéndose en uno de los Jueces más liberales del Supremo, era necesario nombrar a un juez claramente conservador que pudiera contentar a las bases del Partido Republicano, especialmente en lo referente al aborto. Hay que tener en cuenta que en la decisiva sentencia de *Planned Parenthood v. Casey*, ya citada, y que confirmó la doctrina de *Roe v. Wade*, los tres magistrados que redactaron la opinión mayoritaria sobre la validez de *Roe* –aunque no sobre otros puntos de la sentencia–, fueron Souter, O’Connor y Kennedy, y los tres habían sido nombrados recientemente por presidentes republicano (Souter por el mismo George Bush) Así que una parte muy importante de los votantes republicanos esperaba que su Presidente nominara para el Tribunal Supremo a un Juez claramente opuesto a la legalización. Pero eso podría plantear problemas para la confirmación. Y una buena forma de suavizar los previsibles problemas en el Senado parecía ser escoger a un Juez afroamericano, al que difícilmente podrían rechazar los mismos senadores demócratas que no habían tenido problemas en confirmar a otros conservadores similares a él como Scalia o Kennedy. Además, como ya se ha mencionado, algunos de esos senadores habían ganado sus escaños en estados del sur en buena parte gracias al voto masivo de los votantes de raza negra, por lo que tendrían que medirse y justificar muy bien una posible oposición a la nominación de Thomas¹⁷⁵.

Clarence Thomas tenía sólo 43 años en el momento de su nominación, y eso le convertiría en uno de los jueces más jóvenes de la historia del Tribunal. Ésta era otra de las razones por la que había sido escogido, ya que la Administración Bush quiso

¹⁷⁵ De hecho, la estrategia se mostraría acertada puesto que las organizaciones de derechos civiles que se opusieron frontalmente a las anteriores nominación de jueces conservadores se dividieron en el caso de Thomas. Especialmente llamativo resultó el caso de la NCAAP, que había representado un papel tan importante en la derrota de Bork, y que sólo tardíamente y de modo moderado se pronunció contra Thomas.

continuar la política iniciada por Reagan de escoger magistrados jóvenes que pudieran dar forma a la jurisprudencia del Tribunal durante muchos años.

El caso de Thomas se planteó también una cuestión que no ha sido tratada aún en estas páginas: la de la cualificación profesional o jurídica del candidato. Clarence Thomas había estudiado en Yale, pero su juventud no le permitía presentar un curriculum profesional de tanto nivel como el de alguno de los nominados anteriores, o el de alguno de los otros nombres que habían sonado como potenciales candidatos para sustituir a Thurgood Marshall. Su puesto profesional más significativo había sido la Presidencia, durante nueve años, de la EEOC, la Comisión para la Igualdad de Empleo y de Oportunidades. Después había sido nombrado Juez Federal pero sólo llevaba un año en el cargo. Se planteaba por tanto, además de su falta de experiencia como juez, el problema de que la mayor parte de su vida profesional se había dedicado a un área muy concreta del derecho, la que entre nosotros se llamaría derecho laboral. Y dentro de ésta, su labor se ceñía casi exclusivamente a las discriminaciones en el ámbito del trabajo. Como parte del proceso de confirmación de jueces federales, la ABA (*American Bar Association*) siempre emite un informe sobre las cualificaciones del candidato y comparece ante el Comité Judicial del Senado para presentarlo. Los candidatos son calificados en tres posibles grados: altamente cualificados, cualificados, y no cualificados. Habitualmente, la ABA siempre otorga a los candidatos al Tribunal Supremo la calificación de “altamente cualificados”, y así había sucedido con los últimos nombramientos. Pero no sucedió así en el caso de Thomas. 12 miembros del comité evaluador de la ABA le calificaron como “cualificado”, 2 como “no cualificado” y otro se abstuvo. Esta evaluación no era vinculante, pero sí resultó bastante llamativa, por venir del colectivo de abogados y porque la ABA es una parte casi institucional del proceso de confirmaciones y era muy raro que otorgara a un candidato unas

calificaciones tan bajas¹⁷⁶. En cualquier caso, la cuestión de las calificaciones no habría de resultar decisiva.

La Administración Bush trató de compensar las posibles carencias del nominado con una fuerte campaña de opinión pública para dar a conocer las difíciles circunstancias de la carrera de Clarence Thomas y la admirable tenacidad con la que el joven juez había luchado contra la pobreza y la discriminación en la racista Georgia de los años 50.

Por otra parte, el candidato fue preparado para contestar adecuadamente a las preguntas de los senadores más críticos en la misma línea evasiva que había seguido con éxito sus predecesores Kennedy y Souter. El problema es que éstos habían sido jueces durante bastantes años, pero Thomas había pasado la parte más importante de su vida profesional como miembro de la Administración Reagan, y en su puesto había realizado declaraciones sobre los temas más polémicos, y a menudo con la falta de moderación o “centrismo” que puede esperarse de quien forma parte de una Administración y trabaja por conseguir sus objetivos políticos. Además, Thomas carecía de la experiencia judicial en materias constitucionales que había permitido a Kennedy y a Souter esquivar con elegancia las preguntas más complicadas mostrando a la vez en todo momento un gran respeto a los senadores que les interrogaban. Pero el nuevo candidato no tuvo más remedio que negar simple y llanamente sus anteriores declaraciones, afirmando que habían sido malinterpretadas o dando explicaciones que, en ocasiones, resultaban difíciles de creer¹⁷⁷. Su defensa más consistente se dirigió a

¹⁷⁶ SMITH (1993), p. 47.

¹⁷⁷ Ya hemos mencionado con anterioridad el momento en el que Thomas llegó a declarar, preguntado sobre el caso *Roe*, que nunca —ni siquiera en su interior— había tenido una opinión favorable o desfavorable sobre el asunto. Vid nota 161, *U.S. Senate, Committee on the Judiciary, Hearings on the Nomination of Judge Clarence Thomas to be Associate Justice Supreme Court of the United States*, Sept. 1991, 102 Congres. 1 sess, pt. 1, pp. 222-23.

tratar de convencer a los senadores, y al pueblo norteamericano, de que sus “estridencias” anteriores eran las naturales en un político, pero que su forma de ver las cosas había cambiado desde que –un año antes- había sido nominado y confirmado como juez federal¹⁷⁸.

A diferencia del caso de sus predecesores, las consecuencias de la comparecencia de Thomas ante el Comité Judicial fue suscitar aún más dudas de las iniciales. Y lo que parecía que iba a ser una confirmación costosa pero segura se convirtió en algo incierto cuando la votación final del Comité resultó en empate, al votar siete senadores a favor de la confirmación y siete en contra, de modo que el Comité envió la nominación al Pleno sin la habitual recomendación positiva sobre la confirmación.

Pero la razón de que la nominación de Clarence Thomas se convirtiera en la más seguida de la historia por la opinión pública norteamericana no fue ninguna de las mencionadas hasta ahora, ni tuvo relación alguna con la interpretación constitucional. Y por eso sólo nos referiremos aquí brevemente a ella. Tres días antes de que comenzara la votación en el pleno del Senado, un medio de comunicación desveló la noticia de que una profesora de derecho llamada Anita Hill, antigua colaboradora de Thomas en la EEOC, afirmaba que éste le había acosado sexualmente en varias ocasiones durante el periodo en que trabajaron juntos. Después se supo que la acusación había llegado ya a algunos senadores demócratas y se había iniciado una investigación incluso antes de la votación en el Comité Judicial, dando parte de la misma a todos sus integrantes. Cuando

¹⁷⁸ “*When one becomes a judge, the role changes. You are no longer making policy (...) Rather than looking for policy positions, you strive for impartiality. You begin to walk away from the development of new policies. You have to rule on cases as an impartial judge. And I think that is the important message that I am trying to send to you; that, yes, my whole record is relevant, but remember that that was a policy maker not as a judge*”. U.S. Senate, Committee on the Judiciary, *Hearings on the Nomination of Judge Clarence Thomas to be Associate Justice Supreme Court of the United States*, Sept. 1991, 102 Congres. 1st sess.

saltó la noticia, el Senado decidió retrasar una semana la votación en el pleno para que el Comité Judicial pudiera tomar declaración a las partes implicadas y a los testigos.

Cuando comenzaron las declaraciones, la tensión había subido muchísimo. Y aumentó aún más cuando el juez Thomas, en su declaración inicial, afirmó que esto era un linchamiento de alta tecnología y que sucedía porque un afroamericano decidía pensar por sí mismo y no someterse al viejo orden. Y si decides hacer eso “serás linchado, destruido y caricaturizado por un Comité del Senado de los EEUU, en lugar de ser colgado de un árbol¹⁷⁹”.

Las nuevas sesiones transcurrieron entre duras acusaciones por ambas partes, y todo el país siguió por televisión el sorprendente espectáculo.

Quizá lo más interesante desde el punto de vista de este trabajo es que parece claro que los senadores siguieron con atención las encuestas de opinión que reflejaban cuál de las dos versiones de la historia estaba ganando más credibilidad, especialmente entre los votantes de raza negra que habían resultado decisivos en la victoria electoral de muchos senadores del Sur. Y esas encuestas, al final de la semana de la nueva ronda de testimonios, mostraban que la versión del Juez Thomas estaba consiguiendo más credibilidad entre los americanos, y de un modo aún más significativo entre los votantes afroamericanos de los estados sureños.¹⁸⁰

Finalmente, la confirmación fue otorgada por un apretado resultado de 52 a 48 favorable a la nominación. Y la mayor parte de los votos decisivos, en un senado de mayoría demócrata, provenía de senadores demócratas de estados del sur que decidieron

¹⁷⁹ *U.S. Senate, Committee on the Judiciary, Hearings on the Nomination of Judge Clarence Thomas to be Associate Justice Supreme Court of the United States Supreme Court of the United States*, Sept. 1991, 102 Congres. 1st. sess.

¹⁸⁰ VIEIRA y GROSS (1999), p. 223.

no seguir las indicaciones del líder de la mayoría y apoyar la nominación de Thomas, probablemente para evitar costes electorales en sus respectivos estados.

2. 8. 3. Las nominaciones de Clinton: Ginsburg y Breyer

a) Ruth B. Ginsburg

Cuando el Juez White anunció su retirada en marzo de 1993, se presentó la primera oportunidad en 25 años de que un Presidente demócrata nombrara a un Juez del Tribunal Supremo. Y parecía que Clinton tendría las manos libres para nominar a un juez claramente liberal que compensara los muchos años de jueces nombrados por presidentes republicanos. Además, y esto era especialmente importante, los demócratas controlaban ambas cámaras. Pero la agitada confirmación de Bork no sólo había cambiado las cosas para los candidatos conservadores. Los republicanos sentían que la mayoría demócrata había conseguido cambiar las reglas de las confirmaciones, al exigir a los candidatos que se pronunciaran sobre su “filosofía judicial” y, más específicamente, al imponer la cuestión del respeto a *Roe v. Wade* como una especie de requisito indispensable para la confirmación de un candidato al Tribunal Supremo. Y habían hecho saber al Presidente de diversas formas que se opondrían frontalmente a cualquier nominación de un “activista judicial” que pretendiera imponer sus puntos de vista al conjunto de la sociedad, en lugar de limitarse a aplicar estrictamente la Constitución. Y dado que no estaban en posición de rechazar la confirmación, anunciaron de modo informal que estarían dispuestos a llegar incluso al “filibusterismo”, el único recurso a disposición de la minoría en el Senado para bloquear un debate.

Por otra parte, el Presidente Clinton había experimentado ya dos fracasos importantes en sus primeras nominaciones, porque había tenido que retirar a sus candidatos para los puestos de *attorney general* y *assistant attorney general*, a causa de la fuerte campaña promovida por los republicanos aprovechando algunas debilidades en el historial de ambos¹⁸¹. Y el rechazo o la retirada de una nominación suele considerarse una muestra de la debilidad de la posición política de un Presidente, lo que era más grave en este caso porque ambos conflictos con el Senado se habían producido dentro de los cien días posteriores a la elección de Clinton, en un periodo en el que las cotas de popularidad del Presidente suelen mantenerse muy altas y durante el que la prensa, incluso la que no le es favorable, mantiene el nivel de las críticas relativamente bajo.

Con esos antecedentes, Clinton necesitaba un candidato seguro que pudiera tener una confirmación tranquila en el Senado. Y por eso no buscó a un liberal claro que pudiera satisfacer a quienes querían cambiar la orientación de un Tribunal Supremo en el que la mayoría de sus miembros, como ya se ha dicho, podían etiquetarse –con bastantes matices- como conservadores.

Y la elección recayó en la juez Ginsburg, que ejercía en la Corte Federal de Apelaciones del Distrito de Columbia. Era una juez con fama de trabajar para crear consensos y con una filosofía judicial moderada. Y por su anterior etapa profesional estaba considerada como una de las abogadas que más había conseguido en la lucha

¹⁸¹ En el caso de la *attorney general*, se trataba de Zoe Baird, que había contratado en su casa a inmigrantes indocumentados a los que no pagó la Seguridad Social. El mismo problema motivó también el fracaso de la nominación por Clinton de la juez Kimba Wood. En el caso de la *assistant attorney general*, Lani Guinier, el problema era diferente. La candidata, profesora de derecho, había escrito un par de artículos argumentando que en ocasiones no es necesaria una mayoría de votos para sacar adelante una agenda legislativa. Desde su punto de vista, una minoría representada, por ejemplo, por tres de los siete concejales de un municipio debería ver cumplida su agenda en un número “justo” de ocasiones (*fair*). La polémica generada, convenientemente amplificada por la oposición republicana, obligó al Presidente a retirar la nominación. MALTESE (1995), p. 147. VIEIRA y GROSS (1999), p. 227.

contra la discriminación por razón de sexo, habiendo conseguido que el Tribunal Supremo estudiara sus apelaciones en seis ocasiones, y ganando cinco de ellas.

La candidata recibió un pronto respaldo desde todas las posiciones políticas, y las sesiones de confirmación fueron serenas y rápidas, y tuvieron escaso eco en la opinión pública en comparación con los debates anteriores. La Juez Ginsburg se permitió incluso mostrar un apoyo explícito a la constitucionalidad del derecho al aborto, aunque criticó la técnica empleada por *Roe v. Wade*. Los únicos momentos de cierta tensión se produjeron cuando Ginsburg se negó en varias ocasiones a responder a preguntas de los senadores relacionadas con cuestiones que podría verse en la obligación de juzgar como magistrada del Supremo. De este modo seguía el modelo de comparecencia que se había ido definiendo tras el caso Bork. Pero varios senadores expresaron su frustración por no poder obtener respuestas de la candidata. La juez Ginsburg resumió la cuestión afirmando que se sentía perfectamente cómoda explicando las sentencias que ya había firmado pero que realizar declaraciones sobre casos que no había visto como juez podría comprometer su independencia¹⁸².

Y en cuanto a sus cualificaciones profesionales, el dictamen de la ABA fue muy diferente al del Juez Thomas. Todos los miembros del comité evaluador calificaron a Ginsburg con la nota más alta (*well qualified*), después de entrevistar a más de 600 personas y formar tres grupos de expertos, liderados por distinguidos académicos, para estudiar todos sus escritos, sentencias y discursos.

Por otra parte, y como experiencia del proceso del Juez Thomas, la confirmación de Ginsburg incluyó por vez primera una sesión cerrada, para permitir que los senadores

¹⁸² *Nomination of Ruth Bader Ginsburg to Be Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearings Before the Senate Committee on the Judiciary*, 103d Cong., 1st Sess 1 (1993), 322-323.

pudieran plantear –si era el caso- al candidato acusaciones especialmente graves o personales. Sólo después de escuchar las explicaciones del nominado esas cuestiones podrían ser trasladadas, si se consideraba necesario, a la opinión pública. De hecho, la sesión a puerta cerrada sólo duró 20 minutos y parece que no se planteó nada de especial importancia.

Finalmente el Comité Judicial aprobó recomendar la confirmación con el voto unánime de todos sus miembros, lo que se reflejó posteriormente en el voto definitivo en el pleno, que confirmó a Ginsburg por una aplastante mayoría de 96 a 3.

b) Stephen Breyer

El proceso de selección del sustituto del juez Blackmun –que había sido ponente de la polémica decisión de *Roe v. Wade*- se pareció mucho al de la Juez Ginsburg. Tras descartar algunos candidatos iniciales que podían presentar dificultades en el Senado, Clinton se decidió por un juez moderado, Stephen Breyer, que previsiblemente sería apoyado por bastantes de los senadores republicanos del Comité Judicial. Además de su prestigio profesional como juez, Breyer había trabajado anteriormente como consejero principal del propio Comité Judicial, y en ese puesto se había ganado el respeto y la amistad de senadores de la mayoría y de la minoría.

Así las cosas, los interrogatorios de los senadores fueron amables y las respuestas del candidato no provocaron ninguna discusión. El informe de la ABA fue especialmente elogioso, calificando al candidato como “una persona de enorme

capacidad intelectual con una impresionante destreza para escribir de manera clara y convincente”¹⁸³.

La votación final en el Comité Judicial fue de 18 votos a favor y ninguno en contra. Durante los días previos a la votación en el pleno, algunos periódicos publicaron informaciones sobre posibles conflictos de interés de los que Breyer podía ser responsable al no haberse abstenido de juzgar algunos casos con los que tendría conexión como consecuencia de ciertas inversiones personales. Pero los republicanos más influyentes del Senado ya habían manifestado públicamente su apoyo a Breyer y esas noticias no dieron lugar a ningún debate de importancia, aunque quizá motivaron alguno de los escasos votos negativos que el candidato tuvo en el pleno, donde finalmente se decidió la confirmación por una amplia mayoría de 87 a 9.

2. 8. 4. Las nominaciones de George W. Bush: Roberts y Alito.

a) John Roberts

La siguiente ronda de nominaciones se hizo esperar once años, y volvió a corresponder a un Presidente republicano cuando en 2005 se produjeron casi simultáneamente dos vacantes. En primer lugar, Sandra Day O'Connor -la primera mujer que había ocupado un puesto de *Associate Justice* en el Supremo- anunció su retirada en el mes de marzo.

¹⁸³ *Nomination of Stephen G. Breyer to Be Associate Justice of the Supreme Court of The United States: Hearings Before the Senate Committee on the Judiciary*, 103d Cong. 2d sess (1994) p. 400 (declaración de Robert P. Watkins, Presidente del Comité Judicial de la ABA).

Durante su campaña electoral, el Presidente Bush había afirmado expresamente que nombraría magistrados que encajaran en el modelo ofrecido por Scalia o Thomas, haciendo referencia a los jueces más conservadores del Tribunal, que se inclinaban por una interpretación estrictamente originalista de la Constitución¹⁸⁴. Y su equipo se encargó de buscar un candidato con ese perfil, que tuviera además unas credenciales profesionales impecables para poder afrontar con garantías el proceso de confirmación. El elegido fue John Roberts, que cumplía sobradamente ambos requisitos. En el momento de su confirmación ejercía como juez federal de apelación, pero había sido designado anteriormente para ese puesto por tratarse de uno de los abogados más prestigiosos del país, especialmente por el número de causas que había presentado y ganado ante el Tribunal Supremo¹⁸⁵.

Pero una vez anunciada la nominación, y mientras se preparaban las sesiones de confirmación en el Senado, falleció John Rehnquist, *Chief Justice* del Tribunal, en el mes de septiembre, muy pocos días antes de que se iniciaran los debates ante el Comité Judicial. El Presidente reaccionó con rapidez y retiró el nombramiento de Roberts como *Associate Justice* reenviándolo al Senado como candidato a presidir el Tribunal.

¹⁸⁴ Aunque el enfoque originalista de Scalia con frecuencia resultaba menos conservador en los resultados que el pragmático y realista de Rehnquist, el *Chief Justice*, que a veces no coincidía con Scalia y se inclinaba por una decisión más claramente conservadora a la que Scalia no había podido llegar por respetar su propio método. ROSEN (2007), p. 201: “*Scalia and Rehnquist diverged in important cases because Rehnquist was more willing to moderate his views out of concern for the legitimacy of the Court. And even in the many cases in which they agreed, Scalia and Rehnquist wrote strikingly different opinions that reflected their different temperaments, sensibilities, and judicial philosophies*”.

¹⁸⁵ Una de las formas de medir el éxito y el prestigio de un abogado especializado como “*appellate litigator*” en EEUU es si ha conseguido alguna vez que alguno de sus recursos sea “escogido” por el Tribunal Supremo para ser conocido y resuelto. El mecanismo del “*certiorari*” permite al Tribunal decidir con toda libertad qué recursos resuelve, y son muy pocos a lo largo del año. Durante las sesiones de confirmación en 2003 como Juez de Apelación del Distrito de Columbia, el Senador que le presentó destacó que hasta aquella fecha, enero de 2003, el Supremo había estudiado 39 recursos presentados por Roberts. “*Most lawyers are held in high esteem if they have the privilege of arguing even one case before the U.S. Supreme Court. Mr. Roberts has argued an astounding 39 cases before the Supreme Court*”. *Confirmation Hearing on Federal Appointments. Hearing Before the Committee on the Judiciary U.S. Senate*. 108th Cong. 1st Sess. p. 13.

De esta forma, la confirmación de Roberts era aún más decisiva, puesto que se trataba de elegir un nuevo *Chief Justice* del Tribunal. Además, el candidato tenía 50 años en el momento de su nominación, lo que habría de convertirle en el tercer Presidente más joven de la historia del Tribunal Supremo, con una gran capacidad de influir largamente en la jurisprudencia constitucional dado el carácter vitalicio del puesto.

Por otra parte las sucesivas elecciones desde el último periodo de confirmaciones habían cambiado el equilibrio político en el Senado, que ahora estaba en manos de los republicanos, al igual que la Presidencia del Comité Judicial, lo que sólo dejaba a los senadores demócratas la posibilidad de utilizar el arma del “filibusterismo”, que se había empleado por ambos bandos en los últimos años para bloquear el nombramiento de jueces federales.

De hecho, el historial conservador de Roberts había parecido lo bastante claro como para que la mayoría demócrata del Senado hubiera rechazado su confirmación como juez federal de apelación en 1992 y en 2003. Sólo cuando los republicanos se hicieron con el control del Senado y del Comité Judicial en 2003 pudo Roberts ser confirmado como Juez de Apelación del Distrito de Columbia¹⁸⁶.

Así pues, se preveía una confirmación complicada por tratarse de un candidato claramente conservador, joven y que ocuparía la Presidencia del Tribunal.

Dado que las credenciales profesionales de Roberts eran prácticamente inatacables, los críticos trataron de presentar al candidato como un juez demasiado conservador, especialmente en materia de aborto, acción afirmativa, pena de muerte y federalismo. Pero Roberts contestó a todas las preguntas con brillantez y serenidad,

¹⁸⁶ ABRAHAM (2008), p. 317.

aludiendo con frecuencia al “*self restraint*” y al respeto por los precedentes. Y aludiendo, como habían hecho candidatos anteriores, a la necesidad de no pronunciarse sobre asuntos que no hubiera estudiado como juez y que pudieran llegar a su mesa como Magistrado del Tribunal Supremo. Nadie consiguió encontrar un punto vulnerable y la votación final en el Comité Judicial fue de 13 a favor y 5 en contra. La votación final en el Senado fue también reflejo de una situación en la que el candidato era demasiado conservador para suscitar unanimidad pero demasiado brillante para ser derrotado. Votaron 78 senadores a favor y 22 en contra, todos ellos del ala más liberal del partido demócrata.

b) Samuel Alito

Como se ha dicho, el Presidente Bush tenía que reemplazar a Sandra Day O'Connor, una vez que John Roberts sustituía a Rehnquist como *Chief Justice* del Tribunal.

Pero la primera elección de George W. Bush para el puesto resultaría fallida. El Presidente designó a Harriet Miers, que desempeñaba el cargo de consejera legal de la Casa Blanca. Se trataba de una brillante abogada y leal consejera del Presidente desde hacía muchos años. Por otra parte, carecía absolutamente de experiencia judicial¹⁸⁷ y tampoco había llevado nunca casos como abogada ante el Tribunal Supremo.

Pero el principal problema surgió cuando de entre las filas de los propios republicanos empezaron a surgir voces críticas que cuestionaban la fiabilidad ideológica de la candidata en las materias que más importaban a sus votantes, y especialmente en la

¹⁸⁷ La falta de experiencia judicial no había sido nunca un problema insalvable. Muchos jueces del Tribunal Supremo fueron confirmados sin haberse ejercido nunca antes la judicatura, y ese grupo incluye 6 *Chief Justice* y algunos de los más aclamados miembros del Tribunal, como Story, Brandeis o Frankfurter.

cuestión del aborto. Las críticas comenzaron a extenderse a todo el historial de Miers y a su falta de preparación desde el punto de vista de la interpretación constitucional. Pronto se hizo evidente que la confirmación sería muy complicada, si no imposible, por las dudas de muchos senadores republicanos. Así las cosas, la propia candidata presentó al Presidente su renuncia antes de que comenzaran las sesiones.

Y la reacción de Bush fue buscar un candidato que pudiera mostrarse fuerte justo en los puntos que habían provocado la retirada de Miers; la experiencia judicial y un claro carácter conservador. El elegido fue Samuel Alito, un veterano juez federal de apelaciones del Distrito 3º, que llevaba más de 15 años en el cargo y tenía además un historial académico intachable.

A diferencia de Miers, el candidato tenía un amplio registro de sentencias en las que se podía investigar su “filosofía judicial”, ya que había intervenido como juez en más de 3500 casos y había redactado 300 sentencias como ponente. De hecho las sesiones de confirmación se fijaron 4 meses después del anuncio por parte del Presidente, para que los senadores tuvieran tiempo de estudiar con cierta profundidad el abundante material disponible.

En esta ocasión, los demócratas anunciaron que la oposición sería intensa. El largo período de tiempo transcurrido entre el anuncio y el comienzo de las sesiones permitió que los grupos de interés opuestos a la nominación prepararan una amplia y agresiva campaña que incluyó recogidas de fondos, envíos masivos de correo y anuncios en prensa, radio y televisión.

Y se planteó también un problema que estuvo a punto de cambiar las reglas de procedimiento del Senado. Como ya se ha dicho, los republicanos controlaban la cámara. Lo que sólo dejaba a los demócratas la opción del “filibusterismo”. Este

sistema, reflejado legislativamente en la Regla 22 de las Reglas del Senado, permite que un Senador no ceda la palabra y prolongue un debate durante horas de forma que no se pueda celebrar la votación final. Conforme a la citada regla, es necesaria una mayoría reforzada de dos tercios de los senadores (60) para que se apruebe una moción poniendo fin al debate y dando paso a la votación. En el año 1975 se modificaron las reglas para que no fuera necesario que un senador hablara durante horas. Desde entonces, basta con que 41 senadores anuncien su intención de utilizar ese procedimiento. De hecho, como ya se ha mencionado, el “filibusterismo” se ha utilizado en numerosas ocasiones para bloquear la confirmación de algunos nombramientos presidenciales¹⁸⁸.

Y los demócratas anunciaron, al comienzo de los debates, que se plantearían el uso de este procedimiento para bloquear la confirmación de Alito. El problema es que el “filibusterismo” es un uso parlamentario muy polémico y discutido en la doctrina y en la política norteamericana. En el mismo Senado se había creado formalmente un grupo compuesto de 14 senadores republicanos y demócratas que habían firmado un pacto de no recurrir a ese instrumento salvo en “extraordinarias circunstancias”. Pero los demócratas del ala más liberal afirmaban que la nominación de Alito suponía una de esas circunstancias extraordinarias. En ese contexto, el líder de la mayoría republicana amenazó con utilizar un complejo procedimiento parlamentario que permitiría sortear el filibusterismo con una mayoría simple mediante una reforma de las reglas de la cámara con el coste –o la ventaja- de acabar con esa táctica para siempre. Pero los 14 senadores de ambos partidos se opusieron a cualquiera de los dos extremos: el uso del filibusterismo contra Alito o la desaparición de esa táctica para siempre. Así que la

¹⁸⁸ El procedimiento fue utilizado con especial intensidad por la minoría demócrata durante los dos mandatos de George W. Bush. 30 nominaciones de jueces federales de apelación fueron bloqueadas por los demócratas utilizando el “filibusterismo”. Y durante buena parte de ese período los republicanos dispusieron de 55 senadores, lo que les daba una cómoda mayoría pero no les permitía llegar a los 60 necesarios para impedir el bloqueo.

oposición demócrata tuvo que enfrentarse al hecho de que necesitaría convencer a algunos senadores republicanos de que votaran contra Alito si querían ver rechazada la nominación.

Como en otros casos, la única esperanza de ver derrotado al candidato pasaba por que éste cometiera algún error durante las comparecencias, que permitiera presentarle como un extremista ante los electores de los senadores republicanos más moderados, tal y como había sucedido en el caso Bork. Pero Alito contestó con prudencia y negándose a anticipar futuros pronunciamientos, en lo que ya se había convertido en una comparecencia “standard”. Aún así, la votación en el Comité Judicial siguió patrones estrictamente partidistas y el resultado fue de 10 republicanos a favor y 8 demócratas en contra. El mismo patrón se repitió en el pleno del Senado, y el juez Alito fue confirmado con 58 votos a favor y 42 en contra.

2. 8. 5. Primeras nominaciones de Barack Obama: Sonia Sotomayor y Elena Kagan

a) Sonia Sotomayor

El 26 de mayo de 2009 el Presidente Obama anunció su elección de Sonia Sotomayor como candidata a sustituir a David Souter en el Tribunal Supremo. Lo más relevante del anuncio es que suponía la primera incorporación al Tribunal de un juez de la minoría hispana (por otra parte, se trataba de la tercera mujer que accedía al Tribunal) tras Sandra Day O'Connor y Ruth B. Ginsburg. Tras ejercer la abogacía, Sonia Sotomayor se incorporó a la judicatura cuando G. W. Bush la nombró juez federal en 1991. En aquella época su posición ideológica era percibida como centrista y su

confirmación en el Comité Judicial fue aprobada por unanimidad. En 1997 fue elegida por el Presidente Clinton como miembro de la *U. S. Court of Appeals for the Second Circuit*, pero su confirmación en el Senado tuvo que afrontar una intensa oposición de una parte de los senadores republicanos. Algunos medios de comunicación conservadores afirmaron que su nombramiento era un paso previo para su posterior elevación al Supremo y criticaron algunas de sus sentencias. Finalmente el nombramiento fue confirmado por una amplia mayoría pero con un destacable voto en contra (67-29)

Cuando el juez Souter anunció su retiro a finales de abril de 2008, el Presidente Obama decidió escoger a Sotomayor.

La labor jurisprudencial de Sotomayor en sus diez años en la corte federal de apelaciones no habían provocado importantes polémicas, siendo considerada una juez con inclinación liberal pero relativamente centrista. Sin embargo, algunos de sus discursos y conferencias sobre temas sociales –en los que había tenido poca intervención como jueza- se convirtieron rápidamente en objeto de discusión y encendieron notablemente los ánimos políticos de cara a su confirmación en el Senado como jueza del Tribunal Supremo.

Se utilizó especialmente en su contra una frase que había utilizado en varias ocasiones y que formó parte de una conferencia pública pronunciada por Sotomayor en la Facultad de Derecho de Berkeley en 2001: “*I would hope that a wise Latina woman with the richness of her experiences would more often than not reach a better conclusion than a white male who hasn't lived that life*”. La expresión fue interpretada por una parte de la oposición política republicana en el sentido de que la candidata afirmaba que su condición de mujer latina –en rigor, de “sabia mujer latina”- le

proporcionaba una experiencia más adecuada para juzgar algunas cosas que la que estaba a disposición de un hombre blanco que no había vivido las mismas circunstancias. La expresión “*wise Latina woman*” se convirtió casi en un tópico burlesco y en objeto de controversia en los medios conservadores, ya que se presentaba como una especie de afirmación de superioridad racial o al menos un indicativo de que la candidata se mostraba dispuesta a juzgar las cosas teniendo en cuenta puntos de vista raciales.

En las sesiones de confirmación, Sotomayor se retractó expresamente de aquella expresión y afirmó que:

*"I do not believe that any ethnic, racial or gender group has an advantage in sound judgment"*¹⁸⁹ ” (“no considero que ninguna raza, etnia o género tenga ventaja alguna en cuanto a la claridad de sus juicios”)

En general, y siguiendo la tendencia de los últimos nombramientos, Sotomayor evitó pronunciarse sobre sus principios ideológicos y se negó a responder sobre asuntos que pudieran ser sometidos en el futuro a su consideración como miembro del Tribunal.

La reacción de la oposición republicana en el Senado fue desfavorable ya que no consideraron suficientes las aclaraciones de la candidata o satisfactorias sus posiciones. En el Comité Judicial, el nombramiento fue aprobado y trasladado al Pleno con una votación de 13-6. Ningún demócrata se opuso y solo un republicano apoyó a la candidata del Presidente, por lo que el resultado siguió casi estrictamente las líneas de

¹⁸⁹ *Hearing Before the Committee on the Judiciary U.S. Senate. 111th Cong. 1st Sess. July 13-16, 2009.* La frase completa es: “*The context of the words that I spoke have created a misunderstanding, and I want--a misunderstanding, and to give everyone assurances, I want to state up front unequivocally and without doubt, I do not believe that any ethnic, racial, or gender group has an advantage in sound judging. I do believe that every person has an equal opportunity to be a good and wise judge regardless of their background or life experiences*”

partido. El resultado se repitió en el Pleno con unas proporciones parecidas aunque algo más favorables, ya que su nombramiento fue confirmado con 68 votos a favor y 31 en contra, lo que implica que obtuvo el apoyo de todos los demócratas y también de 9 senadores republicanos.

b) Elena Kagan

Al año siguiente de la nominación de Sotomayor, John Paul Stevens anunció su retirada. El Presidente Obama anunció el 10 de mayo de 2009 que su candidata sería Elena Kagan.

Kagan era entonces “*Solicitor General*” de los EEUU, un cargo de gran prestigio jurídico para el que había sido nombrada por el Presidente Obama, que anunció su elección aún antes de su toma de posesión como Presidente. De ese modo se convertiría en la primera mujer que ocupaba el cargo. Antes de eso había sido también la primera mujer Decana de la Facultad de Derecho de Harvard.

El hombre al que el Presidente quería que sustituyera, John Paul Stevens, había sido durante muchos años uno de los miembros más relevantes del ala “liberal” del Supremo. Y en algunos momentos Elena Kagan había sido calificada como una candidata de consenso, lo que hizo que algunas corrientes de opinión dentro del ámbito demócrata temieran que la candidata no fuera lo suficientemente “liberal” como para sustituir John Paul Stevens. Obviamente, la candidata tampoco era del gusto de los republicanos lo que presagiaba una confirmación complicada.

La comparecencia inicial de la candidata no ofreció datos relevantes o novedosos. Y lo mismo sucedió con sus respuestas a las intervenciones de los miembros del Comité. El momento más interesante fue el que se produjo cuando el Senador Specter, el republicano más influyente del Comité, citó un artículo de Kagan publicado en la *Chicago Law Review* en 1995¹⁹⁰ en el que ésta criticaba el hecho de que los candidatos al Supremo fueran tan evasivos en las confirmaciones en el Senado. Las palabras de Specter son especialmente significativas por ser, en buena medida, un resumen de todo lo tratado en estas páginas. Por ese motivo las citaremos con algo de extensión aquí:

"This hearing presents a unique opportunity perhaps to have questions answered which have not been answered in the past. The article which you authored for the Chicago Law Review back in 1995 is openly and specifically critical of Justice Ginsburg and Justice Breyer who, as you characterize it, "stonewalled." You criticized the Judiciary Committee, and I think properly so, as "lacking seriousness and substance" in our approach to the hearings. And you used the phrase that the confirmation process "takes on an air of vacuity and farce." You quote Senator Biden, then-Chairman, and myself expressing concerns that one day the Committee would "rear up on its hind legs and reject a nominee who refused to answer questions for that reason alone." So this is a unique hearing in that respect. The Court, regrettably, I think, has become an ideological battleground, and the activism is on both sides. (...) When Senator Biden was considering the nomination of Chief Justice Roberts, he said that he was qualified, but would vote against him because of, as then-Senator Obama said, "overarching political philosophy." Well, the Presidents make their selections based on ideology. I think that is a blunt fact of life, and the deference that I had

¹⁹⁰ KAGAN (1995)

*considered in my earlier days in the Senate, I have come to the conclusion that Senators have the same standing to make a determination on ideology*¹⁹¹”.

Como puede verse, Specter asume como un hecho indiscutible (“*a blunt fact of life*”) que los Presidentes “hacen sus elecciones basados en la ideología”. Y recuerda a Kagan que ella misma escribió en 1995, citando a Joe Biden que presidía entonces el Comité y al propio Specter, que “llegaría un día en el Comité rechazaría a un candidato por negarse a responder a sus preguntas”.

Así pues, y aplicando el razonamiento, los republicanos asumen que si el candidato no contesta satisfactoriamente entonces no puede realizarse el control ideológico que da sentido a la nominación. Y eso es argumento suficiente para rechazar la candidatura. De hecho, el Comité propuso al Pleno la nominación con la misma mayoría de la confirmación de Sotomayor (16-3), alineando los votos casi perfectamente con los partidos. Y en este caso, el respaldo de la candidata en el Pleno fue más débil. Kagan fue confirmada por 63-37, con solo cinco senadores republicanos apoyando su nombramiento.

2. 9. CARACTERÍSTICAS ACTUALES DEL PROCESO DE NOMINACIÓN DE JUECES DEL TRIBUNAL SUPREMO.

¹⁹¹ *Hearing Before the Committee on the Judiciary U.S. Senate. 111th Cong. 2nd Sess. June 28-30 and July 1, 2010.*

2. 9. 1. Recapitulación del procedimiento

Una vez analizado el modo en que el proceso de nominación y confirmación de magistrados del Tribunal Supremo se ha ido configurando a lo largo de los años, corresponde ahora tratar de fijar sus características actuales para poder posteriormente realizar un análisis crítico que nos permita destacar las principales ventajas e inconvenientes del proceso.

La única regulación estricta del procedimiento de nombramiento es la que figura en el art. II de la Constitución, que hemos comentado largamente en estas páginas:

“[The President] shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other public Ministers and consuls, Judges of the Supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law”.

El texto del precepto no ha sido enmendado y prácticamente todo el resto de la regulación hay que encontrarla en las práctica política, especialmente en los usos parlamentarios del Senado. A continuación trataremos de resumir la secuencia actual de hechos. Para que estos puedan apreciarse de un modo más concreto, proporcionaremos al final la secuencia cronológica de la última confirmación producida cuando se redactan estas páginas, la de la Elena Kagan en 2010.

En primer lugar se produce la vacante en el Tribunal. Lo normal es que la causa de la misma sea el anuncio de retirada por parte de uno de los Magistrados. En ocasiones –como hemos visto- dicho anuncio se produce con bastante anticipación y el

juez saliente señala una fecha, varios meses posterior, en la que se efectuará su retiro. Otras veces el anuncio deja un plazo más breve o la vacante se produce por fallecimiento.

Normalmente, el equipo que rodea al Presidente tiene siempre en estudio una lista preliminar de candidatos que, lógicamente, está mucho mejor trabajada cuando la posibilidad de que se produzca una vacante es inminente (por el estado de salud o la edad avanzada de alguno de los magistrados)

En cualquier caso, el proceso de confirmación comienza estrictamente cuando el Presidente anuncia el nombre del candidato. Desde ese momento, comienza el estudio del perfil biográfico y profesional del Presidente por parte de la administración federal. Los dos estudios más importantes suelen ser los confiados por el Presidente al Departamento de Justicia, para el recorrido profesional del candidato, y el encargado al FBI para el estudio completo sobre su biografía. En ocasiones, versiones preliminares y menos profundas de estas investigaciones son encargadas con anterioridad para ir afinando la lista previa. También es frecuente, especialmente a partir de la década de los 50 del siglo XX, que la ABA (el colegio profesional de los abogados) publique informes sobre las cualificaciones legales de los candidatos cuyos nombres han sido oficialmente propuestos por el Presidente.

Una de las características de esta fase del proceso es que varía mucho de unos casos a otros en función de las necesidades políticas del Presidente de cara a la confirmación. A veces el equipo del Presidente prefiere retrasar la propuesta –una vez anunciada la vacante- para estudiar a fondo algunos perfiles que son simultáneamente filtrados a la opinión pública para poder conocer la reacción que producen. En otras ocasiones, el Presidente tiene muy claro el nombre del candidato y prefiere anunciarlo

de manera inmediata para prestarle todo su apoyo político desde el principio. Lógicamente, el color político y la composición específica de la mayoría en el Senado de cada momento son decisivos a la hora de planear todos los plazos del proceso de confirmación, así como la agenda de la cámara y el efecto que puede tener la confirmación en el resto de frentes políticos que tenga abiertos el Presidente.

Tras el anuncio de la nominación, comienza también el trabajo en el Comité Judicial del Senado. El FBI y el Departamento de Justicia proporcionan a los miembros del Comité la información de su investigación. El FBI suele indicar qué parte de la investigación puede hacerse pública por contraste con la que debe ser puesta sólo a disposición de los senadores que componen el Comité. Esta distinción pretende proteger al nominado en materias que pueden afectar a su intimidad o al honor personal o profesional en materias que no se han hecho públicas antes y que no impliquen ninguna clase de conducta ilegal. Por otra parte, el personal al servicio del Comité comienza su propia investigación. Uno de sus instrumentos principales es un extenso cuestionario que se envía al candidato con toda clase de preguntas sobre su biografía personal y profesional.

Esta fase del procedimiento depende en gran medida de las decisiones que vaya tomando la Presidencia del Comité. En algunos casos se apresuran los plazos y en otros se acortan. Y la importancia que se da a los informes, especialmente al de la ABA (la asociación de los abogados norteamericanos) varía mucho de unas nominaciones a otras. En algunos casos se permite comparecer ante el Comité a quienes han elaborado esos informes. Esto suele depender de la imagen de imparcialidad y objetividad que tenga la ABA en cada momento y del color de la mayoría política del Comité.

En paralelo, el equipo legal de la Casa Blanca suele preparar al candidato para las audiencias de un modo exhaustivo tratando de adelantarse a todas las situaciones que puedan plantearse.

En la fecha prevista —decidida por el Comité— comienza propiamente la comparecencia. Suele iniciarse con una declaración de bienvenida por parte del Presidente del Comité acompañada a veces de las de otros senadores que actúan como “presentadores” del nominado y que son, habitualmente, representantes del Estado en el que éste ha nacido o en el que reside.

A continuación viene la declaración del candidato, que en función de su extensión puede ocupar por completo el primer día de las sesiones. El primer turno de preguntas suele iniciarlo el Presidente, seguido del miembro de la minoría de mayor rango. Y después de estos vienen las intervenciones, alternando minoría y mayoría, de todos los miembros del Comité que quieran realizar preguntas y que se suceden por orden de antigüedad. El nominado contesta a cada uno después de que este formule la cuestión. En los últimos tiempos, el Comité está compuesto de un número que varía entre 18 y 20 miembros. Según las reglas actuales de funcionamiento del Comité, el quorum necesario para poder debatir un asunto es de seis miembros, pero para poder aprobar resoluciones hacen falta un mínimo de ocho y uno de ellos debe pertenecer a la minoría¹⁹².

Después de la primera ronda de preguntas y respuestas, el procedimiento puede repetirse todas las veces que la Presidencia lo considere oportuno, lo que puede hacer que la confirmación se prolongue durante varios meses si la tensión política es elevada por el perfil del candidato o por alguna de sus respuestas a los senadores.

¹⁹² Rules of Procedure United States Senate Committee on the Judiciary (157 Cong. Rec. S837)

Tras la comparecencia del candidato, el Comité puede llamar a otros testigos especialmente cualificados. El primero de ellos suele ser el representante de la ABA.

En 1992, bajo la presidencia de Joe Biden, el Comité introdujo la práctica de mantener una sesión a puerta cerrada con el candidato en la que los senadores pueden preguntarle sobre las materias calificadas como confidenciales en la investigación llevada a cabo por las agencias federales. Esta sesión se celebra siempre desde entonces para evitar que pueda pensarse que si tiene lugar es porque hay alguna materia delicada en la biografía de un candidato específico¹⁹³.

Habitualmente una semana después del final de las comparecencias el Comité celebra una sesión pública en la que se debate si va a recomendarse al Pleno del Senado la confirmación del candidato. El Comité puede informar favorablemente, negativamente o no pronunciarse. Aunque el informe no sea favorable la costumbre, confirmada expresamente en 2001¹⁹⁴, es que el Comité reconozca la competencia final del Pleno y le remita la confirmación, por lo que ésta nominación podría continuar y ser aprobada. Dicho resultado es poco probable porque el rechazo del Comité implica habitualmente que el candidato no obtendrá mayoría en el Pleno. El Presidente no suele arriesgarse a otra derrota política y lo habitual es que retire la candidatura¹⁹⁵.

En cualquier caso, salvo que el Presidente retire la nominación, el procedimiento pasa al Pleno.

¹⁹³ Sen. Joseph R. Biden, Jr., “*Reform of the Confirmation Process*,” declaraciones en el Senado, *Congressional Record*, vol. 138, June 25, 1992, p. 16320.

¹⁹⁴ Sen. Patrick J. Leahy y Sen. Orrin G. Hatch, Carta “*Dear Colleague*”, 29 de junio de 2001, *Congressional Record, daily edition*, vol. 147, 29 de junio de 2001, p. S7282.

¹⁹⁵ La situación es improbable pero no imposible, ya que se ha producido en 3 casos con votaciones muy ajustadas en el Pleno: Stanley Matthews (1881) por 24-23; Lucius Q.C. Lamar (1888) por 32-28 y Clarence Thomas (1991) por un margen de 52-48.

Allí puede debatirse la confirmación de dos maneras. Lo normal en los últimos años ha sido que el líder de la mayoría solicite el llamado “*unanimous consent*”, lo que –de ser concedido– permite al Pleno saltarse el procedimiento habitual y debatir la cuestión en un día específico con un límite de tiempo prefijado que incluye todas las intervenciones. Al final del mismo, la confirmación deberá votarse. La clave de este procedimiento es que no pueden emplearse tácticas dilatorias y que la intervención del Pleno se convierte en una formalización de lo decidido en el Comité.

Pero si uno solo de los senadores se opone ya no es posible el “*unanimous consent*” y el Pleno puede debatir la confirmación sin limitaciones. La gran diferencia es el que en este caso la minoría puede bloquear la nominación empleando el llamado “filibusterismo”, que consiste en prolongar el debate indefinidamente no cediendo el uso de la palabra. Para cortar esa obstrucción es necesaria una mayoría de tres quintos de los Senadores, lo que implica que si la oposición consigue 41 votos el nombramiento no puede confirmarse (aunque tenga 59 a favor) Así sucedió en 1968 con el nombramiento de Abe Fortas. La minoría demócrata empleó sus 43 votos en el Pleno para bloquear la nominación, y la mayoría republicana sólo consiguió 45 a favor del nombramiento. Como consecuencia, el Presidente Nixon retiró la candidatura. El uso del filibusterismo se considera una táctica radical y extrema, y suele tener un alto coste político para quien lo emplea porque los votantes suelen considerar que el Presidente tiene derecho a nombrar a quien considere oportuno si la mayoría de los senadores lo acepta. Por ese motivo es frecuente que la minoría vote en contra del candidato pero aceptando la confirmación si hay más votos a favor que en contra (a pesar de contar con los 41 votos necesarios para el bloqueo)

2. 9. 2. El procedimiento en plazos y documentos: la nominación de Elena Kagan en 2010

Para el objeto de nuestro trabajo resulta de gran interés hacerse una idea sobre los plazos y los materiales de investigación utilizados. Dado que el procedimiento depende en gran medida, como hemos visto, de la Presidencia del Comité y que los plazos no están fijados en ninguna regla escrita (y que varían bastante en la práctica), puede resultar útil tener la referencia de una confirmación reciente que pueda considerarse representativa. La de Elena Kagan –la más reciente cuando se escriben estas páginas- resulta ilustrativa ya que a pesar de no ser una de las más conflictivas sí encontró una notable oposición y se confirmó en el Pleno con una votación de 63-37.

En cuanto a los plazos, el Presidente Obama anunció la confirmación el 10 de mayo de 2010. En ese momento comenzaron las investigaciones de las agencias federales y la del Comité Judicial del Senado.

Las sesiones de confirmación tuvieron lugar a lo largo de cuatro días consecutivos: 28, 29 y 30 de junio y 1 de julio. Esto implica que el tiempo previo –de investigación- se prolongó durante dos meses y medio.

El Comité debatió y votó la confirmación el 10 de julio (informe favorable por 13-6) Y el Pleno confirmó el nombramiento el 5 de agosto (63-37)

Más interesante aún son los materiales elaborados en la fase previa y proporcionados a los miembros del Comité y a la opinión pública. Como anexo al final del trabajo se transcribe el listado de esos materiales, obviamente sin el contenido, que

ocupa una extensión de varios miles de páginas¹⁹⁶. Algunas otras nominaciones recientes, como las de John Roberts o Samuel Alito (2005) provocaron una acumulación de documentos aún mucho mayor. Se trata de una abigarrada mezcla que incluye todos los registros de la trayectoria profesional de Kagan (escritos, discursos, entrevistas, documentos administrativos, correos electrónicos relevantes, sentencias, argumentaciones orales y escritas como abogada, etc) además de un gran número de testimonios de todo tipo de organizaciones sobre la conveniencia o inconveniencia de confirmar la nominación.

2. 9. 3. El poder del Senado para cuestionar la “ideología judicial” del candidato

a) Introducción

Como ya se ha mencionado en varias ocasiones, la polémica más importante surgida de los procesos de nominación de las últimas décadas es la que se refiere al papel del Senado, y más concretamente a su pretensión de examinar la llamada “ideología judicial” del candidato antes de otorgar la confirmación.

Para los efectos de este trabajo, resulta decisivo saber si existe en el derecho constitucional norteamericano alguna previsión legal o jurisprudencial clara o un acuerdo doctrinal sobre el alcance del control que el Senado puede realizar sobre los candidatos.

¹⁹⁶ Disponible en la web del Comité Judicial del Senado en:
<http://www.judiciary.senate.gov/nominations/SupremeCourt/KaganIndex.cfm#Questionnaire>

Como veremos, la cuestión dista mucho de estar clara. Ni los textos legales ni la jurisprudencia aclaran la cuestión, y no existe una doctrina unánime sobre el particular.

El texto constitucional de la *Appointment Clause* no contiene ningún pronunciamiento sobre el particular, ya que sólo indica que “[*The President*] shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint... Judges of the Supreme Court”.

Tras la nominación de Bork, se entabló una intensa discusión doctrinal sobre cuál habría sido la verdadera intención de los Fundadores al diseñar este procedimiento, y qué papel querían otorgar al Senado.

En la primera parte de este trabajo nos hemos referido ya con alguna extensión a los debates constituyentes y a las primeras interpretaciones de la *Appointments Clause*. Parece claro que los Fundadores quisieron establecer un mecanismo más de limitación y control del ejercicio del poder. Se trataba de evitar que el Presidente gozara de la misma potestad absoluta en el nombramiento de jueces que correspondía al Rey en el sistema británico. Y el objetivo del procedimiento era encontrar jueces capaces e independientes¹⁹⁷. Nada se había planteado entonces sobre la posibilidad de examinar la ideología de los candidatos, entre otras cosas porque los partidos políticos aún no estaban definidos. Y tampoco era posible prever entonces la importancia que alcanzaría la posición del Tribunal Supremo, puesto que aún faltaban algunos años para que en la célebre sentencia de *Marbury v. Madison* John Marshall reclamara para el Tribunal el poder, que ejercería desde entonces, del *Judicial Review*.

En cualquier caso, no parece fácil encontrar en esos debates ni en las primeras interpretaciones argumentos de peso para tachar de inconstitucional la práctica de las

¹⁹⁷ Vid. Supra 3.2.2 y 3.3.

confirmaciones de los últimos años, en la que el Senado ha reclamado explícitamente un derecho a examinar la “ideología judicial” de todos los candidatos¹⁹⁸.

Por otra parte, el propio Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el asunto, de modo que no disponemos de una interpretación “auténtica” de la voluntad de los Fundadores sobre el papel del Senado en las confirmaciones.

El sistema constitucional norteamericano combina –como todos los occidentales, pero quizá de manera más acusada- un elemento democrático, articulado a través de la regla de la mayoría, con otro que puede llamarse constitucional, consistente en una serie de límites a lo que la mayoría puede hacer.¹⁹⁹ Y la posición del poder judicial es esencial dentro de esos límites constitucionales, especialmente la de los jueces que pueden bloquear la acción legislativa de la mayoría por medio del *Judicial Review*. Y entre esos elementos hay siempre una importante tensión, clásica en el constitucionalismo.

En el punto de vista contrario se situaría la también clásica crítica de los excesos de un Poder Judicial “imperial”, que pretendiera imponerse sobre los representantes del pueblo tomando decisiones inapelables en nombre de una Constitución cuyos autores ya no pueden hablar y despojando así de su soberanía a los actuales ciudadanos. Es el

¹⁹⁸ El principal obstáculo a esta interpretación podrían ser las frecuentemente citadas palabras de Hamilton en el n. 76 de El Federalista: “*There can ... in this view, be no difference between nominating and appointment. (...) It is also not very probable that [President] nomination would be often overruled*”. Algunos autores han sostenido que Hamilton quería dejar claro así que la Constitución no preveía un enfrentamiento ideológico entre el Senado y el Presidente, y que el papel del Senado sería el de confirmar pasivamente el nombramiento. Pero al leer la totalidad del artículo de Hamilton parece claro que el autor se refiere a que el Presidente siempre podrá reenviar otro candidato del mismo perfil, de modo que habitualmente terminará imponiendo su punto de vista. Y el Senado concederá siempre una especie de beneficio de la duda o “presunción de confirmación” al candidato propuesto. Pero esto no significa que Hamilton negara el examen ideológico. COMISKEY (2004), p. 25. Por otra parte, como también se ha relatado ya, Hamilton lideró en 1795 la oposición senatorial a la confirmación de Rutledge, lo que confirma su visión del papel del Senado como el de un control real y activo, aunque no permita extraer conclusiones sobre la cuestión de la “ideología judicial”.

¹⁹⁹ En el clásico estudio de Bickel, se dice que “*The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system*”. BICKEL (1962), p. 16.

conocido temor al “gobierno de los jueces”, que ha sido siempre un tópico político en las discusiones democráticas²⁰⁰. Para quienes prefieren poner el acento en este peligro, todo exceso de intervencionismo por parte del Senado en las confirmaciones sería poco

Y las modernas audiencias de confirmación televisadas han añadido nuevos e interesantes elementos a esta vieja discusión. Para algunos, el hecho de que un Senador pregunte al candidato cómo interpretará los puntos más conflictivos de la Constitución y decida su voto a la luz de la reacción que las respuestas provocan en sus electores es, como llegó a afirmar explícitamente el juez Scalia, una locura que convierte cada nominación en un plebiscito sobre el significado de la Constitución²⁰¹. En un sentido parecido, aunque con un matiz distinto, se pronunció el propio Juez Bork al escribir que “no es nuestra forma constitucional de gobierno que el Senado influya en las decisiones del Tribunal Supremo en una serie de áreas²⁰²”, refiriéndose al exhaustivo interrogatorio al que fue sometido en el Senado tratando de obtener respuestas –o casi compromisos– sobre cómo resolvería en el futuro los problemas más importantes que se plantean al interpretar la constitución norteamericana..

Para tratar de abordar el estado doctrinal de la cuestión con mayor claridad, examinaremos a continuación, a la luz de la experiencia de las confirmaciones ya estudiadas, cuáles son las posibles ventajas y los defectos de un sistema de confirmaciones “politizado”, en el que los candidatos son examinados a fondo sobre su “ideología judicial” y sobre sus posibles pronunciamientos futuros en los temas claves.

²⁰⁰ Como respuesta a esos temores, vale la pena leer una vez más lo que Hamilton escribió en el n. 78 de El Federalista, cuando decía que el poder del *judicial review* no suponía un control antidemocrático sobre la mayoría, sino que “*It only supposes that the power of the People is superior to both; and that where the will of the legislatura, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former*”.

²⁰¹ COMISKEY (2004), p. 27.

²⁰² BORK (1990), p. 347.

b) La Constitución como límite de la democracia directa.

Ya se ha planteado esta cuestión, contenida en las citadas declaraciones de Bork o Scalia. Si la Constitución pretende ser un modo de poner fuera del alcance de las mayorías algunas normas esenciales que son el corazón del pacto político de una nación, los Jueces del Tribunal Supremo de los EEUU estarían en su puesto precisamente para desempeñar esa función, y su proceso de selección no puede depender de que manifiesten o prometan interpretar esas normas esenciales de un modo que resulte aceptable a la mayoría del momento.

En el caso norteamericano, esta objeción parecía aún más válida durante la época en la que los Senadores no eran elegidos directamente por el pueblo, constituyendo una especie de reserva aristocrática diseñada por los Padres Fundadores para evitar las posibles derivas radicales de las mayorías representadas en el Congreso. Pero la aprobación de la 17ª Enmienda, por la que los senadores pasaron a ser elegidos por la población de cada estado, cambió de forma decisiva el papel de la Cámara Alta en un sentido mucho más democrático

De hecho, la experiencia no indica que las cosas hayan derivado hacia una tiranía mayoritaria como consecuencia de un papel activo del Senado en el examen de los candidatos, y muy conectado con los electores. El Tribunal Supremo de las últimas décadas, cuyas confirmaciones han sido ampliamente seguidas y “controladas” por la opinión pública, ha seguido firmando sentencias que podrían calificarse de “contra

mayoritarias”, dejando clara su independencia frente a mayorías legislativas y sociales²⁰³.

Así, esa independencia y la frecuencia con que muchos Magistrados han interpretado la Constitución de un modo diferente al que esperaban los Presidentes que les nominaron han hecho que algunos autores vean reforzada su convicción de que las sesiones de confirmación pueden servir como un mecanismo de control democrático del Tribunal y de refuerzo de su legitimidad sin que la institución corra ningún riesgo que ponga en peligro su papel constitucional²⁰⁴.

Por otra parte, el miedo a los peores defectos de los mecanismos de la democracia directa se atenúa en las sociedades en las que existe una estructura de partidos fuerte e institucionalizada como sucede en Norteamérica. Las posibilidades de que un mandatario carismático altere las reglas del juego en decisiones directas que apelen al voto popular son más reducidas en un sistema en el que los partidos políticos son fuertes y están claramente comprometidos con la Constitución y con los derechos fundamentales de todos, también los de las minorías.

c) Confirmaciones y legitimidad de los jueces.

Con mucha frecuencia se ha expresado el temor de que un proceso de confirmación de jueces demasiado “politizado”, tenga como consecuencia que la opinión pública perciba a los propios magistrados como políticos, con una categoría muy parecida a la de los legisladores que discuten su idoneidad para el cargo. Y de esta

²⁰³ Pueden ponerse muchos ejemplos de estas decisiones, tomadas en los años en los que las confirmaciones fueron más tensas. Desde 1990, el Supremo anuló decisiones legislativas como la que consideraba un delito la quema de la bandera americana (*U.S. v. Eichman*, 496 U.S. 310 de 1990), la que establecía límites a los mandatos de los miembros del Congreso (*U.S. Term Limits, Inc v. Thornton*, 514 U.S. 779 de 1995), la que criminalizaba la posesión de armas cerca de una escuela (*U.S. v. Lopez*, 514 U.S. 549 de 1995) o la que prohibía la publicación de material pornográfico en Internet si los niños podían acceder a él (*Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 de 1997).

²⁰⁴ COMISKEY (2004) p. 28.

forma, cuando se conozcan las sentencias de esos jueces sería fácil interpretarlas exclusivamente en un sentido político o partidista, y no como fruto de una interpretación constitucional.

De hecho, los procesos de confirmación que hemos estudiado en estas páginas demuestran que ese riesgo es afrontado por los Presidentes escogiendo un candidato que no tenga un perfil demasiado politizado. El propio desarrollo de los procesos de confirmación en los que esta regla no se ha respetado, incluyendo aquellos que terminaron con el rechazo del nombramiento, ha demostrado a los Presidentes que no vale la pena sufrir el gran desgaste político que supone un debate de nominación en el que la oposición en el Senado pueda presentar ante la opinión pública la imagen de un Juez directamente conectado con el partido político de la Administración que le nombra o con su ideología.

Los últimos nombramientos son un buen ejemplo de eso, especialmente los que siguieron a la agitada confirmación de Robert Bork. Ronald Reagan escogió a Anthony Kennedy, y George G. W Bush a David Souter. En ambos casos se trató de perfiles conservadores, pero mucho más moderados ideológicamente de lo que sus bases políticas o los propios presidentes habrían deseado. Lo mismo puede decirse de los nombramientos de Clinton. Ruth B. Ginsburg y Stephen Breyer eran figuras de prestigio y con buenas credenciales en ambos lados del mapa político, sin que se pudiera decir que se identificaban plenamente con alguno de los dos partidos. Y todos estos jueces, tanto los nombrados por Bush como los elegidos por Clinton, se comportaron después en el Tribunal de un modo equilibrado, y en algunos casos con posiciones muy diferentes de las que su historial permitía esperar. Así sucedió de un modo acusado en el caso de David Souter, que se revelaría como uno de los jueces más liberales de la etapa

más reciente del Tribunal, y en menor medida con Kennedy, que en algunos casos importantes ha ejercido como *swing vote* inclinando la balanza del lado liberal.

Obviamente, en esa misma etapa hay un ejemplo claro de lo contrario, la nominación de Clarence Thomas por George G. W. Bush. Incluso antes de que Anita Hill denunciara el presunto acoso sexual, la experiencia previa de Thomas al frente de un organismo político de una administración republicana y la claridad de muchos de sus escritos y declaraciones, le presentaron ante la oposición demócrata como un juez excesivamente ideologizado y ligado al partido republicano. Después, las denuncias transformaron definitivamente las audiencias. Como ya se ha relatado, el juez Thomas sólo pudo ser confirmado por la disciplina de partido de la mayoría republicana, y porque el dramatismo de la acusaciones y de las declaraciones de Thomas y de Anita Hill polarizaron enormemente al país pero al finalmente las encuestas mostraron que era mayor el número de electores que creía la versión de Thomas. Eso permitió a los republicanos que se mostraban más dudosos votar a favor de la confirmación, al igual que hizo que algunos senadores demócratas de estados sureños en los que el voto negro era decisivo se abstuvieran de realizar una oposición fuerte aunque finalmente no votaran a favor del candidato.

Con todo, incluso la nominación de Thomas parece confirmar la idea de que el examen de la ideología del candidato por parte del Senado no tiene por qué producir jueces “políticos” o con una imagen política si los Presidentes tienen en cuenta esta posibilidad al seleccionar a sus candidatos, como de hecho viene sucediendo en la práctica totalidad de los casos, en parte como reacción a los casos de Bork y Thomas.

De hecho, la nominación de Bork parece demostrar que el examen ideológico del candidato puede hacer que un grupo de senadores consiga demostrar a los votantes

que se trata de un candidato con un fuerte perfil político del que pueden esperarse interpretaciones de la Constitución que se salgan del *mainstream* del público norteamericano²⁰⁵.

Otra de las objeciones típicas al examen ideológico de los candidatos se basa en los posibles resultados que puede aparejar el rechazo de la confirmación.

La primera opción sería que el Presidente escogiera a un candidato con el mismo perfil que el candidato derrotado, con lo que el “examen ideológico” no tendría ninguna utilidad especial dado que un Presidente paciente y dispuesto a obtener el resultado deseado siempre terminará por imponer su candidato.

La segunda opción sería que el Presidente cediera y nombrase a un candidato más acorde con los deseos del Senado. Y en ese caso, se dice, el procedimiento no sería el correcto porque la Constitución señala claramente que es el Presidente quien tiene el poder de elegir a los candidatos y no el Senado. Y la tercera opción sería un bloqueo, por medio de una táctica de “filibusterismo”, como los que han tenido lugar en algunas ocasiones para el nombramiento de jueces federales. Y así, los tres posibles resultados del rechazo de un candidato como consecuencia del “examen ideológico” serían negativos, y llevarían a la recomendación de que las sesiones de confirmación se limitaran a evaluar los méritos profesionales del candidato.

De hecho, la historia de las nominaciones permite matizar mucho esta objeción. Cuando el Presidente ha visto rechazado un candidato siempre ha nombrado a otro en una línea parecida al anterior, y que estaba en la misma lista de posibilidades estudiada anteriormente. No se puede decir que el nombramiento haya correspondido al Senado.

²⁰⁵ Obviamente, esto supone conceder que Bork tenía ese perfil, lo que sus defensores discutirían. De hecho, más adelante se discutirá si el modo en que se realizan los debates de confirmación puede alterar la realidad de modo que sea posible presentar una falsa imagen de los candidatos.

Pero tampoco puede decirse que el papel de éste haya sido inútil por el hecho de que el Presidente sea siempre quien tiene la última palabra y pueda insistir hasta conseguir sus propósitos. La historia de las últimas nominaciones demuestra que el candidato posterior a un rechazo siempre ha supuesto un cierto consenso entre ambas partes, y de todos con la opinión pública. Pero un consenso obtenido a partir de la preeminente posición presidencial y con un Senado que sabe que sus posibilidades de oponerse al nombramiento pueden ser decisivas pero son bastante limitadas. El caso de Kennedy es un buen ejemplo de todo esto. El Presidente Reagan afirmó explícitamente tras el rechazo de Bork que nombraría un juez “tan conservador” como Bork. Pero de hecho, Kennedy se mostró mucho más moderado en los debates en el Senado y se distanció del estricto originalismo de Bork. A la vez, su historial conservador era claro pero los senadores demócratas no consiguieron en ningún momento hacerle aparecer como un radical, lo que sí había sucedido con Bork. Finalmente, Kennedy fue confirmado, lo que supone un triunfo del Presidente y una garantía de que los interrogatorios “ideológicos” no despojan al Presidente de su poder constitucional de elegir a los miembros del Tribunal Supremo. Pero a la vez, el Senado obtuvo el nombramiento de un Juez diferente de Bork. Y un juez que al final acabaría mostrándose mucho más moderado de lo que habría cabido esperar del candidato al que sustituyó. De hecho votó en varias ocasiones con el bloque liberal, como ya se mencionado, siendo la más conocida de ellas su posición favorable al aborto en el caso *Planned Parenthood* (1992) que sostuvo la doctrina de *Roe v. Wade*.

d) Confirmaciones e imparcialidad de los jueces.

Quizá la objeción más importante que se ha presentado al examen de la ideología judicial de los candidatos sea la de que éstos podrían ver comprometida su futura actuación como jueces o verse enfrentados a la posibilidad de que su confirmación dependa de que sean capaces de mostrar su disposición a inclinarse, en un tema determinado, en la línea exigida por la mayoría. Por ejemplo, si un juez afirmara ante los senadores –y por tanto ante la opinión pública- su convicción de que “*Roe v. Wade*” es un precedente firmemente establecido y reafirmado por el Tribunal ¿podrá alcanzar después una conclusión distinta como Juez del Tribunal Supremo si se le plantea un nuevo caso sobre la misma cuestión?

Por otra parte, las propias confirmaciones han mostrado que existe un modo de que los jueces eviten este tipo de compromiso, que desde luego parece impropio. Y es algo tan sencillo como negarse a contestar a ese tipo de preguntas. Muchos de los candidatos posteriores a Bork, aconsejados en ese sentido por los equipos presidenciales, han actuado así. Y esto se ha convertido en una especie de norma no escrita de las sesiones de nominación. Cada vez que un senador pregunta a un juez sobre cómo actuaría en un caso concreto que hasta ese momento no ha tenido ocasión de juzgar, éste contesta diciendo que no sería propio responder dado que esa cuestión podría llegar a su mesa como juez del Supremo y no puede pronunciarse por anticipado antes de estudiar el caso. Este tipo de respuestas fueron muy frecuentes en las comparecencias de Souter y Kennedy, y más aún en las de Ginsburg y Breyer. Y se convirtieron casi en rutinarias a partir de entonces, ocupando buena parte del tiempo de las confirmaciones de Roberts, Alito y Sotomayor. Quizá fue Sandra Day O'Connor la primera que se negó de un modo formal a contestar a una pregunta directa en ese sentido, utilizando unas palabras que luego vendrían a ser, de una manera u otra,

repetidas por todos: “No creo que, como nominada, pueda decirles cómo podría yo votar en un asunto específico que pueda presentarse ante el Tribunal. Hacer eso supondría que he prejuzgado la materia o me he comprometido moralmente en una posición concreta (...) y me obligaría a tener que abstenerme de juzgar ese asunto²⁰⁶”. El propio Bork, que contestó ampliamente a preguntas de esa clase —lo que acabaría costándole la nominación— se mostró muy crítico con lo que calificó de intentos de obtener de él “promesas electorales²⁰⁷”.

Además, algunos autores dudan de que incluso unas reservas como las de O'Connor, imitadas por los sucesivos candidatos, sean suficientes como para asegurar la imparcialidad futura del juez en todas las decisiones relacionadas con materias planteadas durante las sesiones de confirmación²⁰⁸. Por eso la objeción al examen ideológico del candidato sigue en pie, y es necesario analizarla.

En primer lugar, conviene tener en cuenta que los candidatos pueden responder a muchas preguntas sobre esa llamada “ideología judicial” haciendo sólo referencia a su modo de entender o interpretar la Constitución. De hecho, esa discusión ha ocupado buena parte del tiempo de preguntas en las últimas sesiones²⁰⁹, y parece un tópico bastante adecuado para una sesión de control de un candidato a formar parte del Tribunal al que corresponde unificar la interpretación constitucional.

²⁰⁶ La cita completa es interesante, porque parece casi una definición de los límites de las declaraciones de un nominado. Se encuentra en el discurso inicial de O'Connor ante el Comité Judicial: *“There is, however, a limitation on my responses which I am compeled to recongnize. I do not believe that as a nominee I can tell you how I might vote on a particular issue which may come before the Court, or endorse or criticize specifil Supreme Court decisions presenting issues which may well come before the Court again. To do so would mean that I have prejudged the matter or have morally comitted myself to a certain position. Such a statement by me as to how I might resolve a particular isue or what I might do in a future Court action might make it necessary for me to disqualify myself on the matter”*. U.S. Senate, Committee on the Judiciary, *Hearings on the Nomination of Judge Sandra Day O'Connor to be Associate Justice Supreme Court of the Unite States Supreme Court of the United States*. 97th Cong. 1st Sess (1982). 57.

²⁰⁷ BORK (1990) p. 346.

²⁰⁸ MELONE (1999) y LUBET (1990)

²⁰⁹ COMISKEY (2004) p. 41.

Pero en cualquier caso, es indudable que los nominados pueden negarse a contestar preguntas que consideren peligrosas para su futura imparcialidad. Y puesto que todos los candidatos que han utilizado esa táctica han sido confirmados –con bastante facilidad en todos los casos salvo el de Thomas- es evidente que la actual configuración de las sesiones de confirmación no compromete la posición de los jueces. Lógicamente, la pregunta que surge es si los debates pueden servir para algo dado que los candidatos pueden escoger qué preguntas responder. Es una pregunta que se han formulado muchos senadores en el curso de los mismos debates, después de chocar una y otra vez con la falta de respuesta de un candidato²¹⁰. Y además de la frustración de los senadores que interrogan, ese silencio de los nominados sobre cuestiones fundamentales también ha hecho descender el interés público por las confirmaciones.

Algunos autores han propuesto métodos diversos para que los senadores puedan obtener de los candidatos la información más relevante posible, para que así quede a disposición de la opinión pública. Una de las opciones apuntadas es dirigir el interrogatorio sólo sobre el contenido de las sentencias ya firmadas por el candidato²¹¹. Pero esta técnica tendría efectos muy limitados en bastantes casos. Por ejemplo cuando se trate de jueces estatales ante los que no se han planteado materias como las que corresponde resolver al Supremo (y ese era el caso de O'Connor o Souter) o cuando se trata de jueces federales que han pasado poco tiempo en el cargo y no han tenido que pronunciarse sobre cuestiones controvertidas (como en el caso de Thomas) Pero incluso en el caso de un juez federal con experiencia más dilatada, puede suceder que no haya

²¹⁰ Puede servir como ejemplo la queja del Senador East's ante las evasivas de O'Connor: "*If you are arguing that a Supreme Court nominee cannot indicate particular values and sentiments on prominents issues of the time, it seems to me the confirmation process becomes almost meaningless... I query as one lowly freshman Senator whether we are able really to ge tour teeth into anything*". *U.S. Senate, Committee on the Judiciary, Hearings on the Nomination of Judge Sandra Day O'Connor to be Associate Justice Supreme Court of the Unite States Supreme Court of the United States. 97th Cong. 1st Sess (1982). pp. 199-200.*

²¹¹ MELONE (1999)

tenido que pronunciarse como ponente o en votos particulares significativos sobre asuntos constitucionalmente relevantes (así sucedía con Anthony Kennedy)

Otros como Carter han sugerido que los senadores renuncien directamente a cuestionar a los candidatos sobre asuntos específicos, intentando, en cambio, formarse una opinión global sobre la capacidad del candidato para tomar decisiones “con los instintos morales adecuados”²¹². También esta aproximación tiene problemas evidentes, directamente relacionados con la dificultad de preguntar y obtener respuestas sobre lo que conforma un “código moral” adecuado. La dificultad de esta clase de enfoque quedó de manifiesto en las sesiones de confirmación de Thomas, y también en el “impeachment” del Presidente Clinton. En ambos casos se intentó calificar al candidato con un juicio moral general obtenido de algunas conductas específicas. Pero el debate fue tenso, con un gran coste político para los senadores que más se implicaron; y no se obtuvo el resultado que se buscaba en ninguno de los dos casos (Thomas fue confirmado, aunque por estrecho margen, y el Presidente Clinton no fue finalmente destituido por el Senado)

Pero esas ideas siguen chocando con la fuerza del argumento de la imparcialidad, que los jueces siguen empleando, dejando a los senadores la decisión final sobre si la falta de respuestas puede justificar el voto negativo a una nominación²¹³. De momento, es algo que no ha sucedido salvo en casos muy puntuales,

²¹² CARTER (1994)

²¹³ En cualquier caso, parece claro que el Senado no se ha planteado la posibilidad de exigir respuestas a los candidatos de un modo más imperativo. En la nominación de David Souter, el Senador Biden, Presidente del Comité Judicial del Senado, afirmó que “*While we may ask any questions that we deem proper, you are free to refuse to answer any questions you deem to be improper. No one is going to try to force you to answer any question you think in good conscience you cannot appropriately address. So, Judge Souter, I trust you are fully capable of deciding for yourself which questions you can and cannot speak to. And we or an individual Senator may not agree with your decision, but that decision is yours and will be protected*”. *Souter Hearings*... p. 52.

en los que probablemente el voto negativo del senador estaba ya decidido antes de encontrarse con la conducta evasiva del candidato.

f) Las cualificaciones profesionales del candidato

Otra de las críticas frecuentes a un proceso de confirmación “politizado” en manos de los senadores es la convicción de que éstos no tratarán de buscar un candidato con las mejores credenciales profesionales, si no a alguien que dé suficientes garantías de su posición ideológica²¹⁴. Como puede anticiparse, la mayor parte de los defensores de esta teoría elaboraron sus críticas a partir de la nominación de Bork, y se encuentran con más frecuencia entre las filas de los conservadores frustrados por el rechazo a un candidato de Reagan cuya calidad profesional era indiscutible. Pero también se han formulado con posterioridad demostraciones más amplias que tratan de probar que la devaluación de la calidad profesional de los candidatos está mucho más extendida y es una consecuencia natural del proceso de confirmación actual.²¹⁵ Pero no se trataría tanto de que los nuevos candidatos sean juristas de escasa calidad, como de que el proceso ha hecho muy difícil o casi imposible la confirmación de jueces con la personalidad o influencia de las grandes figuras del pasado, porque personas como Brandeis, Frankfurter o Holmes habrían provocado en la actualidad confirmaciones lo suficientemente complicadas como para disuadir al Presidente de la elección.

Ahora bien, conviene tener en cuenta que todas esas críticas consideran que un historial de “*self restraint*” en un candidato le impedirá convertirse en uno de esos jueces que transforman la historia del Tribunal o del derecho norteamericano.

²¹⁴ “*Intellectual distinction is a handicap, rather than a hallmark, for appointment to the Supreme Court*” FEIN (1991) p.75. Y temores parecidos han sido expresados por otros como CARTER (1994), MIKVA (1992) o TAYLOR (1991)

²¹⁵ SCHULTZ (2003)

Obviamente, para quienes consideran que una de las cualidades más importantes de un Juez del Supremo es mostrar un saludable respeto por la actividad legislativa, ese “*self restraint*” sería la esencial para un candidato, y podría convertirle en alguien más “cualificado” profesionalmente para desempeñar su tarea que un brillante juez o profesor cuyo pasado permita anticipar que se convertirá en un “activista judicial” en cuanto se asiente en el cargo.

Pero de hecho, los estudios sobre el total de las confirmaciones no parecen probar esas críticas²¹⁶. Especialmente interesante resulta el estudio de Comiskey²¹⁷, que trató de analizar la calidad de todos los *Justices* del s. XX. en el ámbito de su estudio general sobre el proceso de nominación. Para ello propuso a 275 especialistas del ámbito del derecho constitucional que calificaran a los jueces en una escala de 1 a 5. De los resultados se deducen dos conclusiones interesantes. En primer lugar, que los jueces nombrados desde la época de la “politización” de las audiencias –es decir, los que han sido examinados sobre su “ideología judicial”- obtienen una puntuación media superior a la de los jueces de las décadas anteriores. Pero la otra conclusión también es muy significativa. El número de jueces que alcanza una puntuación muy alta es más reducido en la época de los nombramientos “politizados”.

Sucede con frecuencia que un grupo de senadores a los que no les gustan las posiciones ideológicas de un candidato, se han visto inclinados u obligados a votarlo a la vista de un expediente profesional indiscutible. En esos casos, los senadores no han considerado que fuera fácil explicar ante la opinión pública su rechazo a un candidato escogido por el Presidente y cuya trayectoria profesional le acredita claramente para ocupar un asiento en el Tribunal Supremo. En la época moderna, sólo en muy contadas

²¹⁶ SEGAL, COVER y CAMERON (1989) p. 506.

²¹⁷ COMISKEY (2004), cap. 4.

ocasiones –siendo la de Bork la más notable- un candidato con un historial impecable ha visto rechazada su confirmación. Y esto ha sucedido sólo cuando la oposición ha considerado suficientemente probado que la ideología judicial del candidato le situaba claramente fuera del llamado “*american mainstream*”. Pero los recientes casos más recientes de Rehnquist, Scalia, Roberts o Alito muestran la dificultad de oponerse por razones ideológicas a candidatos sobradamente cualificados para el puesto.

Y la debilidad de las credenciales profesionales de un candidato sí que ha servido para elevar el tono y la fuerza de una oposición suscitada principalmente por la posición ideológica del candidato. Así sucedió en varias confirmaciones del s. XIX y ha sucedido también en algunos casos más recientes como el de Clarence Thomas.

De esta forma, parece posible concluir que el escrutinio ideológico de los candidatos está llevando al Tribunal a jueces competentes y bien preparados, pero quizá más “discretos” o menos brillantes que algunos de sus predecesores. Aunque conviene recordar de nuevo que esa “brillantez” puede ser vista como un defecto o una virtud según la opinión que se tenga del papel que debe desempeñar un *Justice* del Tribunal Supremo.

Por otra parte, conviene hacer algunos matices a esta supuesta falta de brillantez de los jueces actuales.

En primer lugar, difícilmente puede ser definitivo el análisis que se haga ahora de la calidad profesional de algunos de los magistrados nombrados en los últimos años. Sólo se pueden evaluar sus credenciales académicas y los puestos profesionales desempeñados antes de su nominación, pero no hay forma de saber si conseguirán convertirse en uno de esos grandes jueces que el moderno sistema de confirmaciones estaría dejando fuera de juego. La mayor parte de esos grandes jueces del pasado sólo

fueron incluidos en las listas años después de su fallecimiento o retiro. Aún tiene que pasar tiempo para que los nombramientos de las últimas décadas puedan ser adecuadamente evaluados. De hecho, en opinión de bastantes autores, algunos de los actuales miembros del Tribunal parecen tener la suficiente “calidad” como para tener, en el futuro, un lugar entre los grandes jueces. Ése sería el caso de Scalia, Ginsburg o Roberts. Especialmente de los dos últimos, dada la dificultad que parece tener el brillante juez Scalia para generar consensos y arrastrar a otros magistrados –o a la opinión pública- a su causa.

Por otra parte, el citado Comiskey señala que algunos de los jueces que aparecen señalados en todas las listas como “grandes” habrían superado sin dificultad el examen ideológico del Senado. Y se fija en los tres nombramientos de los años 50 que encajan en ese perfil: Earl Warren, John M. Harlan y William Brennan. Harlan podría haber sido descrito como un conservador moderado y con prestigio profesional, en la línea de Anthony Kennedy o incluso John Roberts. Los otros dos jueces del ejemplo, Warren y Brennan, eran relativamente poco conocidos en el momento de su nominación. Podrían compararse a esos nombramientos posteriores a Bork apodados como “*stealth nominees*”, candidatos “invisibles” por su historial desprovisto de polémicas o de opiniones que pudieran poner en su contra a una parte importante del espectro político. Warren era conocido como un juez progresista, pero también se había labrado fama como un fiscal de distrito duro con el crimen y había apoyado el internamiento de americanos de origen japonés durante la Segunda Guerra Mundial. De hecho, fue nominado por un Presidente republicano, Eisenhower, que buscaba un candidato de prestigio y de consenso. Algo parecido puede decirse de otra de sus elecciones, la de Brennan. Parece claro que no fue elegido por sus puntos de vista judiciales, que eran prácticamente desconocidos en el momento de su nominación, si no porque, en un año

electoral, Eisenhower buscaba un juez católico y relativamente joven que pudiera obtener apoyo de los dos partidos²¹⁸.

En cualquier caso, parece claro que no se puede afirmar que el sistema de confirmación senatorial de los candidatos ha llevado a la degradación de la calidad profesional de los jueces del Tribunal Supremo si no más bien a lo contrario. Y esto puede afirmarse aún con más claridad en las últimas décadas, ya que la plena intervención de la opinión pública en el proceso ha acentuado las tendencias analizadas en los párrafos anteriores.

g) La falta de respuestas. Límites de los interrogatorios

Al hablar de la imparcialidad de los jueces y del modo en que éstos pueden evitar que ésta se ponga en peligro, ya se ha señalado que se ha convertido en una rutina que los candidatos se nieguen a contestar a las preguntas más delicadas alegando que su futura imparcialidad como jueces podría ponerse en peligro.

En su momento, nos referimos a esta conducta de los nominados como un instrumento adecuado para que los jueces no aparezcan ante la opinión pública ligados a los legisladores, como si fueran personas con una agenda política de los que puedan esperarse decisiones concretas en las materias decisivas, tal y como sucede con quienes ejercen cargos representativos. Pero junto a esta indudable ventaja, la posibilidad de que los nominados se nieguen a responder puede también plantear inconvenientes. Y el principal de ellos es que –si la negativa es frecuente y tenaz– los senadores no pueden disponer de suficiente información como para tomar la decisión de confirmar o no al candidato. De hecho, como ya se ha mencionado anteriormente, esta queja ha sido

²¹⁸ COMISKEY (2004), p. 102.

formulada con frecuencia por muchos senadores en los últimos años, aunque también ha quedado claro que la práctica política en el Comité Judicial sigue siendo la de considerar que el candidato tiene derecho a decidir qué preguntas debe responder.

Pero además del argumento de la imparcialidad, a menudo se han utilizado otras vías para evitar responder a cuestiones delicadas o para no asumir la responsabilidad de algunas decisiones pasadas que pudieran dificultar la confirmación. Quizá la más frecuente ha sido la de afirmar que los jueces tienen un punto de vista diferente al de los administradores o los particulares, por lo que no puede juzgarse la idoneidad de un juez por una declaración o una acción que llevó a cabo cuando desempeñaba un puesto de naturaleza política o se comportaba como un particular.

En general, estas pautas de actuación han sido dominantes en las declaraciones de los últimos candidatos, y han llegado a poner en cuestión la eficacia de las comparecencias. Así, sólo parecen posibles dos extremos. O una sesión de confirmación altamente politizada en la que, utilizando las palabras ya citadas de Scalia, se somete la Constitución a referéndum y se piden del juez “promesas electorales” o una sesión descafeinada en la que se hace imposible evaluar al juez porque no hay forma de saber qué es lo que opina sobre los aspectos que más preocupan a los senadores y a la opinión pública. Si estas fueran las únicas posibilidades, parece que el papel del Senado en las confirmaciones debería reducirse al estricto examen de las cualidades profesionales de los candidatos. Pero eso parece insuficiente a la vista del poder de “*advice and consent*” que la Constitución otorga a la Cámara Alta.

Frente a estos argumentos, las últimas confirmaciones parecen demostrar que la información obtenida por los senadores ha sido en casi todos los casos la suficiente

como para hacerse una idea correcta de los puntos de vista del candidato y tomar una decisión consecuente sobre la confirmación o rechazo del nombramiento.

Así, si se analizan las nominaciones de los últimos 25 años, no puede decirse que haya habido muchas sorpresas, en el sentido de que un número significativo de jueces se haya apartado, en su ejercicio como *Justice* del Tribunal Supremo, de lo que su historial previo y sus declaraciones ante el Comité Judicial podían hacer prever. Esto resulta especialmente claro en los casos de Rehnquist, Scalia y Thomas, que se presentaron como los magistrados más conservadores de este periodo y se han comportado como tales. Por lo que respecta a los nombramientos de Clinton, tanto Ginsburg como Breyer han desarrollado su labor jurisprudencial como jueces moderadamente progresistas, tal y como cabía esperar de sus trayectorias profesionales y de lo que declararon en las sesiones ante el Senado. Quizá los casos más matizados sean los de los nombramientos más “moderados” de los últimos presidentes republicanos, O’Connor y Kennedy, ya analizados anteriormente. Aunque el comportamiento de ambos jueces es más difícil de encasillar en los grupos conservador o liberal del Tribunal, sus pautas de votación han seguido con bastante fidelidad la imagen que de ellos se dibujó en las sesiones²¹⁹. Los dos jueces han votado con cierta consistencia en el bloque conservador, pero ambos han conformado la mayoría liberal en algunas sentencias decisivas, como la que mantuvo la doctrina de *Roe vs. Wade* o la que consideró válida la prohibición de las oraciones en las ceremonias de graduación de las escuelas públicas. Los dos candidatos fueron propuestos por presidentes conservadores, y de los que se esperaba una posición general no “activista” y de respeto a la actividad legislativa, aunque quizá no de estricto originalismo. Pero una parte significativa de las bases republicanas expresaron su desconfianza en ambos casos

²¹⁹ COMISKEY (2004), p. 141.

porque sus posturas en relación con algunos temas, en especial el del aborto, no eran lo suficientemente conservadoras. Y las dudas se mantuvieron durante las sesiones de confirmación, por los motivos que se están analizando en este apartado.

A la vista de su comportamiento posterior, podría pensarse que se trata de un ejemplo claro del problema de la ineficacia de las sesiones ante el Senado. Pero parece más bien el caso contrario. Sus declaraciones ante Comité Judicial, claras en algunos puntos de la “agenda” conservadora y nada concluyentes en otros, se han visto bien reflejadas en sus sentencias. Puede decirse que los senadores republicanos que votaron a favor de sus confirmaciones sabían que se trataba de candidatos “moderadamente” conservadores, que podían alinearse con el bloque liberal en algunos asuntos.

Quizá el único caso en el que puede hablarse con fundamento de un comportamiento inesperado por parte de un candidato sea el de David Souter. Como quedó escrito anteriormente, Souter fue propuesto por George H. W. Bush, y fue pronto bautizado por la prensa como un “*stealth nominee*”, un candidato “invisible” por los escasos pronunciamientos de relevancia constitucional que había en su historial. Además, en las sesiones se condujo con una elegante reserva y no resultó nada fácil para los senadores hacerse una idea de cuáles eran los rasgos más característicos de su “ideología judicial”. De hecho, con posterioridad se ha revelado como uno de los magistrados más liberales del Tribunal, así que podría decirse que la opinión pública conservadora, así como algunos de los senadores que votaron a su favor, quizá resultaron confundidos por su testimonio. Aunque resulta verdaderamente difícil afirmar que habrían votado en otro sentido si el juez hubiera expresado de una manera más clara sus puntos de vista, dado que se trataba de un candidato propuesto por un presidente republicano.

De todas formas, no parece que la pauta de votación de Souter haya respondido a una posición personal “liberal”, sino más bien a su enfoque específico de cada caso. Y desde luego, sus pautas de votación no han encajado en los moldes de liberales claros como Brennan o Thurgood Marshall²²⁰.

Los casos más recientes, Alito, Roberts y Sotomayor, aún necesitan algo más de tiempo para ser analizados. Pero los dos primeros, que en el momento de escribirse estas líneas llevan ya algo de tiempo en el Tribunal, se están comportando como los jueces brillantes —especialmente Roberts— y moderadamente conservadores que los senadores y el público podían esperar después de las sesiones de confirmación.

h) Ventajas de la “politización” de las confirmaciones

Por otra parte, parece claro que la mayoría de los norteamericanos es hoy partidaria de que el Senado examine no sólo la conducta anterior del candidato sino también qué decidiría en los principales asuntos sobre los que como miembro del Tribunal tendría que decidir²²¹. Para algunos, en un país regido por el principio mayoritario el único modo en que la *judicial review* puede hacerse aceptable es precisamente un proceso de confirmación de naturaleza política²²². Y es un método que presenta sustanciales ventajas sobre las otras alternativas estudiadas, porque preserva la independencia y la autoridad del Tribunal, al tratarse siempre de un control a priori. Una vez en su cargo los magistrados no pueden ser removidos, y los senadores que votaron su confirmación no pueden exigirles que dicten sentencia en uno u otro sentido.

²²⁰ KECK (2003)

²²¹ WATSON y STOOKEY (1995) p. 120.

²²² GARDNER GEYH (2006) p. 33.

Y la cuestión es que ese refuerzo del principio democrático que supuso la 17ª Enmienda sólo puede tener entrada en el Tribunal Supremo, si así se considera conveniente, a través del proceso de confirmaciones, ya que parece bastante probado que los norteamericanos no eligen habitualmente a los Presidentes en función de los Magistrados que van a nombrar. Así el control de esa decisión queda desplazado de modo natural al momento de la confirmación²²³.

Como hemos visto, no resulta fácil para el poder democrático controlar de alguna forma el ejercicio del poder que la Constitución norteamericana le concedió al Tribunal Supremo, y que el Juez Marshall y sus sucesores ampliaron tan extensamente al desarrollar el sistema del *judicial review* a partir de 1805.

Pero el caso es que los jueces del Tribunal necesitan esa legitimidad que podría proporcionarles una mayor conexión con el poder soberano, ya que el ejercicio efectivo de su labor depende enteramente de que la mayoría decida voluntariamente someterse a sus decisiones, que en algunas ocasiones, quizá las más relevantes, serán claramente “contra-mayoritarias”. Y puesto que no han sido elegidos por el pueblo, su única fuente de legitimidad deriva de su proceso de nominación y confirmación. Obviamente, el hecho de ser nombrados por un Presidente que ha sido elegido por los votantes tiene una gran importancia. Pero como ya se ha dicho, habitualmente los electores no deciden su voto en las elecciones presidenciales en función de los jueces que los candidatos hayan prometido nombrar durante la campaña electoral.

²²³ Estudios como el de Grier han mostrado que la selección de magistrados del Supremo sólo se ha planteado como un asunto importante durante la campaña presidencial en una quinta parte de las ocasiones, lo que es una cifra relevante pero deja mucho espacio para la intervención de la opinión pública a través de la confirmación en las otra cuatro quintas partes GRIER STEPHENSON (1999), cap. 9.

i) La importancia de los votos particulares

Introducción

Un elemento clave en las sesiones de confirmación, al que a veces se presta menos atención, son lo que en España denominamos votos particulares (*dissenting opinions*)

En el derecho anglosajón, las opiniones de los jueces son siempre individuales y por eso no resultó extraño que al crearse la jurisdicción constitucional en los Estados Unidos ese mecanismo se asumiera con naturalidad. En el derecho europeo continental, como es sabido, la institución es más discutida. En Italia, cuyo Tribunal Constitucional tanto ha influido y sigue influyendo en nuestro sistema de justicia constitucional, los votos particulares (*opinioni dissenzienti*) están prohibidos.

La razón de esta resistencia suele encontrarse en el concepto de ley y de interpretación de la misma en los sistemas de “civil law”. Dado que el juez debe actuar como mero aplicador de la ley, no parece que tenga mucho sentido publicar las diferencias de opinion surgidas en el seno del órgano colegiado al que corresponde la operación interpretativa. Si partimos del hecho de que es la propia ley la que proporciona la solución al caso, sin que los jueces la desarrollen con alguna labor creadora, no tiene sentido publicar opiniones disidentes que podrían “debilitar” ante las partes o la opinion pública la fuerza o la certeza del fallo.

No obstante, en muchos sistemas de derecho civil como el español los votos particulares están permitidos y se han incorporado a la jurisdicción constitucional. En general se consideran positivos por su valor para aclarar el contenido del fallo especialmente cuando éste es de tipo interpretativo.

Pero la razón por la que nos referimos ahora a esta institución es muy diferente. En unos procesos de confirmación en los que se discute sobre la figura individual de un candidato a un puesto en el Tribunal Supremo, resulta decisivo que los legisladores y la opinión pública puedan saber qué es lo que cada juez ha opinado en los casos decisivos. Y no solo “ex ante”; también es importante –si como se defiende en estas páginas, se trata de un mecanismo de control democrático de la jurisdicción constitucional- poder medir el modo en que un magistrado está llevando a cabo su función por medio del estudio de las opiniones que redacta en cada caso.

El *dissenting opinion* en el Tribunal Supremo de los EEUU

Como es sabido, la primera jurisdicción constitucional que utiliza el instrumento de las opiniones disidentes o votos particulares es el Tribunal Supremo de los EEUU. En los primeros años de su historia el Tribunal actuaba conforme a la práctica común de los tribunales de apelación ingleses y más específicamente del King's Bench²²⁴. Siguiendo ese modo tradicional de proceder, cada uno de los magistrados leía públicamente su opinión. En esos momentos iniciales no puede hablarse aún de votos u opiniones disidentes ya que la sentencia misma no es más que una suma de opiniones separadas²²⁵.

La introducción de los votos particulares se produce como consecuencia de la llegada al tribunal del célebre *Chief Justice* John Marshall, cuarto presidente de la corte, que inició la costumbre²²⁶ de anunciar públicamente -con el consentimiento del resto de

²²⁴ LUATTI, L. (1995) pp. 13-14.

²²⁶ Marshall abandonó la tradición del King's Bench en el primer caso decidido por el Tribunal después de su nombramiento como *Chief Justice*. Se trató de *Talbot vs. Seeman*, 5 U.S (1 Cranch) 1, 25

magistrados- la llamada "*opinion of the court*", o sentencia mayoritaria. Marshall pretendía dar al país una "clara consciencia de la unidad del máximo órgano jurisdiccional", y "reforzar el poder y la dignidad de la Corte".²²⁷ Éstas eran las intenciones declaradas por el *Chief Justice* aunque no debió pesar menos su postura de oposición política al partido del Presidente Jefferson, al que Marshall quería oponer un Tribunal unido que pudiera servir de contrapeso. Durante su cuatro primeros años de mandato sólo se emitió una *separate opinion* -que además se mostró conforme con el fallo, por lo que ni siquiera puede considerarse un *dissent*²²⁸ - y en los años siguientes fueron muy escasas las opiniones discrepantes²²⁹.

Pero el cambio introducido por Marshall implicaba algunas consecuencias que fueron vistas muy negativamente por algunos contemporáneos y que tenían, como se verá, una relación muy directa con el enfoque de este trabajo.

El problema radicaba en que desde 1811 los magistrados designados por Jefferson y por su sucesor Madison (ambos del partido Republicano, rival entonces de los Federalistas) eran ya mayoría en el Tribunal, pero éste seguía emitiendo unánimes pronunciamientos favorables a los federalistas, de los que habitualmente era ponente Marshall. En una célebre carta de 1829, Jefferson se quejaba de la situación en unos duros términos²³⁰ sobre los que volveremos posteriormente y que resultarán muy útiles

(1801). En aquél caso, y en todos los que siguieron, en lugar de la opinión de los cinco jueces que entonces integraban el Tribunal se anunció una sola sentencia, encabezada por las palabras: "Marshall, Chief Justice, delivered the opinion of the court". Cfr. STACK, K.M. (2005) p. 2239.

²²⁷ Cfr. BEVERIDGE, A. (1919) p. 39.

²²⁸ *Head & Armony v. Providence Ins. Co.* (1804), que puede considerarse el primer voto particular del Tribunal Supremo de los EEUU. El primer voto discrepante (*dissent opinion*) será el formulado por Paterson en *Simms & Whise v. Slacum* (1805)

²²⁹ Se ha señalado que esta posición de fuerte unanimidad quizá era una condición necesaria para que pudiera producirse el célebre pronunciamiento de *Marbury vs Madison* que en 1804 dio origen al "*judicial review*". Así en BERGMAN, M. (1991), p. 81.

²³⁰ "*Opinions huddled up in conclave, perhaps by a majority of one, delivered as if unanimous, and with the silent acquiescence of lazy or timid associates, by a crafty chief judge, who sophisticates the law to his mind, by the turn of his own reasoning*". Carta de Jefferson a Thomas Ritchie, del 25 de

para reflexionar sobre el sentido político del voto discrepante en la jurisdicción constitucional.

En cualquier caso, los magistrados que sucedieron a Marshall como presidentes del Tribunal se mostraron menos interesados que éste en la unanimidad de los pronunciamientos o carecieron de la capacidad de convicción de su ilustre predecesor para suscitar los necesarios consensos²³¹. Las *dissent opinions* son cada vez más frecuentes y el proceso se acelera definitivamente en el siglo XX, animado por el grave enfrentamiento que se produjo durante el "New Deal" entre la Corte Suprema y el Presidente Roosevelt. En 1930 una de cada diez sentencias es acompañada por un voto discrepante; la proporción se duplica en 1936 y ya en 1938 la tercera parte de las sentencias incluyen votos particulares disidentes. Entre 1956 y 1992 la proporción se encuentra siempre entre el 50 y el 80 por ciento²³².

Especialmente interesantes pueden considerarse las estadísticas referidas al siguiente período, dado que entre 1994 y 2004²³³ se produjo la peculiar circunstancia de que por primera vez en la historia del Tribunal nueve jueces han integraron juntos la Corte durante una década completa. Desde que el número de Magistrados pasó a nueve en 1837 han sido nombrados 87 jueces, lo que suponía en 2004 una media de un nuevo

diciembre de 1829, en LIPSCOMB, A. B. (1903) p. 412. También suele ser citada en ese contexto otra dramática afirmación de Jefferson: "*The Federalists have retired into the judiciary as a stronghold and from that battery all the works of republicanism are to be beaten down and erased*" (citado en IRONS, P. (1999) p. 105).

²³¹ Irons señala como uno de los rasgos característicos del Tribunal presidido por Marshall la carencia de "*Great Dissenters*", como los que se harían célebres en otras épocas. El autor afirma que "la dominante personalidad de Marshall le permitió moldear a cada uno de los quince jueces que sirvieron con él" Cfr. IRONS, P. (1999), p. 103.

²³² VOSS, E.C. (1992) p. 24

²³³ HARVARD LAW REVIEW 118 (2004) p. 510.

nombramiento cada dos años. Esto implica que el período de 1994-2004 fue el más estable en la historia del Tribunal²³⁴.

Tabla²³⁵ 1. Sentencias (*opinions of the court*) y votos particulares (*dissenting votes*)

(A) ACTIONS OF INDIVIDUAL JUSTICES: TOTAL OPINIONS WRITTEN												
	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	Total	Avg.
Rehnquist	16	15	14	17	18	14	14	14	12	14	148	14.8
Stevens	34	35	32	30	34	32	34	25	28	29	313	31.3
O'Connor	29	15	22	16	15	15	17	21	17	14	181	18.1
Scalia	24	26	28	35	21	25	29	27	25	30	270	27.0
Kennedy	15	18	12	20	18	19	14	17	19	23	175	17.5
Souter	18	20	19	21	15	23	17	17	22	18	190	19.0
Thomas	23	22	16	17	24	21	22	23	27	27	222	22.2
Ginsburg	21	18	17	22	19	18	20	17	17	16	185	18.5
Breyer	16	19	26	27	22	23	24	23	18	22	220	22.0
Total	196	188	186	205	186	190	191	184	185	193	1904	—
Average	21.8	20.9	20.7	22.8	20.7	21.1	21.2	20.4	20.6	21.4	—	21.2 ^a

(B) ACTIONS OF INDIVIDUAL JUSTICES: TOTAL DISSENTING VOTES												
	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	Total	Avg.
Rehnquist	13	14	13	10	16	9	14	12	11	12	124	12.4
Stevens	26	24	27	23	29	31	28	24	20	19	251	25.1
O'Connor	12	8	12	11	8	8	8	10	9	5	91	9.1
Scalia	15	17	18	23	13	20	18	22	21	21	188	18.8
Kennedy	6	6	6	7	9	12	7	9	15	11	88	8.8
Souter	16	12	12	16	16	24	18	18	13	17	162	16.2
Thomas	21	18	17	18	16	17	17	17	28	17	186	18.6
Ginsburg	12	16	17	17	20	24	21	17	18	16	178	17.8
Breyer	12	16	23	14	19	23	23	15	18	15	178	17.8
Total	133	131	145	139	146	168	154	144	153	133	1446	—
Average	14.8	14.6	16.1	15.4	16.2	18.7	17.1	16.0	17.0	14.8	—	16.1 ^a

²³⁴ Se ha señalado explícitamente, y con apoyo estadístico, que hay una diferencia notable en cuanto al dissent y el sometimiento al precedente entre los magistrados recién nombrados y los que llevan un cierto tiempo en el Tribunal. Así en HURWITZ, M.S., J. (2004) p. 121-129.

²³⁵ HARVARD LAW REVIEW 118 (2004) p. 519.

Estas cifras muestran con bastante claridad que las "*dissent opinions*" siguen gozando de una magnífica salud. Los porcentajes son tan elevados como en décadas anteriores y con frecuencia un magistrado escribe en un año tantas "*opinion of the court*" (es decir, actúa como ponente de la sentencia mayoritaria) como votos discrepantes. Como resumen, puede observarse que entre los nueve magistrados redactaron 1.904 sentencias y 1446 votos discrepantes, lo que implica aproximadamente que por cada cuatro sentencias mayoritarias se publicaron tres votos discrepantes, lo que supone una elevada proporción, superior a la media de las décadas anteriores.

Y este instrumento sigue siendo utilizado con gran frecuencia en los procesos de confirmación por los miembros del Comité Judicial como un elemento clave para presentar al candidato ante la opinión pública y tratar de anticipar sus posibles pronunciamientos sobre la Constitución como futuro "*Justice*" del Tribunal Supremo.

2. 9. 3. Alternativas para el control democrático del ejercicio del *Judicial Review*.

Otra posible objeción a la "politización" de las audiencias de confirmación podría ser la de considerar que hay otros medios para ejercer un cierto control de la potestad judicial que no pasan por convertir los debates del Senado en una intensa lucha política. Pero no está nada claro que esos instrumentos alternativos puedan desempeñar correctamente esa función de control

a) El mecanismo del *impeachment*

En primer lugar estaría el poder de someter a “*impeachment*” a los magistrados. Hamilton lo explicaba así en el n. 79 de “El Federalista”:

“Las precauciones sobre la responsabilidad de los jueces están contenidas en el artículo que se refiere a los ‘*impeachments*’. Los jueces pueden ser acusados por mala conducta por la Cámara de Representantes y procesados por el Senado. Y si son condenados, pueden ser despojados de sus cargos e inhabilitados para desempeñar ningún otro. Ésta es la única instrumento compatible con la necesaria independencia de los jueces, y es de hecho la única referencia que hay a ellos en nuestra Constitución²³⁶”.

De hecho, la referencia constitucional es muy vaga, ya que la Sección 4 del Artículo II dice que los jueces, como parte de los “*civil officers*”, están sujetos al *impeachment* por “*treason, bribery, and other highs crimes and misdemeanors*”. Parece relativamente claro el significado de los dos primeros términos, referidos a la traición y al soborno. Pero es mucho más difícil interpretar el resto de la cláusula. De los debates constituyentes se puede deducir que se trata de algo más preciso y grave que una mera “*maladministration*”, ya que este término fue propuesto y rechazado²³⁷ por considerarse demasiado vago y susceptible de manipulación por los senadores. Aún así, los términos de la cláusula, importada del sistema británico, seguían siendo de difícil interpretación.

La Sección 4 se articuló constituyendo al Comité Judicial de la *House* como una especie de juez instructor que recibía las denuncias contra “*civil officers*” por los motivos mencionados y las investigaba, comunicando sus conclusiones al pleno. Y a este órgano correspondía actuar como una especie de gran jurado, según la práctica

²³⁶ “*The precautions for [the Judges] responsibility are comprised in the article respecting impeachments. They are liable to be impeache for misconduct by the House of Representatives, and tried by the Senate; and, if convicted, may be dismissed from office, and disqualified for hlding any other. This is the oly provisión on the point which is consistent with the necesarry Independence of judicial carácter, ant the only one wich we find in our own Constitution with respect to judges*”.

²³⁷ GARDNER GEYH (2006), p. 114.

procesal norteamericana, que decide si hay elementos suficientes como para acusar y remitir al procesado al Senado. Y la Cámara Alta procederá como jurado y juez, pudiendo decidir la destitución si alcanza una mayoría de dos tercios.

Pero a pesar de estas apariencias el proceso es difícilmente comparable a un juicio penal, y de hecho el procedimiento de “*impeachment*” suele derivar en una tensa batalla política en la que los congresistas se alinean en función de las necesidades de su partido.

Por otra parte, tampoco es nada sencillo interpretar con precisión el único derecho aplicable al caso, que serían los precedentes de los anteriores procesos de destitución. Es una labor compleja porque las cámaras no emiten sentencias, y no todas las deliberaciones pasan a los diarios de sesiones. Tampoco es claro el valor que se puede atribuir como precedente a una acusación decidida por la Cámara Baja cuando la Cámara Alta decide finalmente no condenar.

De hecho, el procedimiento se ha utilizado con cierta frecuencia para tratar de destituir a jueces federales. En concreto, hasta 2006 el Congreso había recibido acusaciones e investigado formalmente a 74 jueces federales. De ellos, sólo 13 fueron finalmente acusados por la Cámara Baja y remitidos al Senado para su procesamiento. 7 de los acusados fueron condenados por el Senado y apartados de sus cargos, 4 fueron absueltos y otros dos dimitieron antes de que comenzaran las sesiones en el Senado²³⁸.

Pero desde el punto de vista del objeto de estudio de este trabajo, interesa saber si en alguna ocasión se dirigió el procedimiento contra un Magistrado del Tribunal Supremo. Y esto sólo ha sucedido en una ocasión, en 1805, cuando el Congreso acusó y el Senado absolvió a Samuel Chase, *Justice* del Tribunal Supremo.

²³⁸ GARDNER GEYH (2006), p. 125.

El *impeachment* de Samuel Chase

En los primeros años de la joven república, los jueces del Tribunal Supremo tenían aún poco trabajo y compatibilizaban su cargo con la presidencia de uno de los Tribunales Federales de Apelación. Y como consecuencia de sus actuaciones en ese cargo tuvo lugar la petición de *impeachment* contra Samuel Chase. Los cargos principales tenían relación con el carácter destemplado y fuertemente partidista del juez, que era un Federalista acérrimo y parecía haber actuado como Juez de manera arbitraria en algunos casos en los que eran parte enemigos políticos suyos.

Tras un debate no demasiado extenso, del que sólo consta en los *Annals of Congress* las intervenciones del congresista que resumió los cargos²³⁹, la Cámara decidió acusar a Chase por 73 votos a favor y 33 en contra.

Pero el problema es que el debate tuvo lugar en un ambiente de tensa disputa partidista, de forma que a pesar de los evidentes excesos de Chase podía pensarse que el *impeachment* se estaba utilizando de una forma distinta a la prevista en la Constitución, para destituir a un juez cuyas resoluciones eran contrarias a lo deseado por la mayoría representada en el legislativo. El propio Chief Justice Marshall era consciente de este peligro, y tras la votación –y antes del proceso en el Senado- escribió una carta a Chase en la que lamentaba que “la actual doctrina parece implicar que un Juez que dicte una sentencia contraria a la opinión del legislador puede ser destituido”²⁴⁰

La discusión de fondo sobre el alcance del *impeachment* se produjo en el Senado. El defensor de Chase argumentó que no tendría sentido considerar que un Juez pueda ser destituido de su cargo por un acto por el que no podría ser perseguido

²³⁹ *Annals of Congress*, 8th Cong., 1st Sess. 1171 (1804)

²⁴⁰ “*The present doctrine seems to be that a judge giving a legal opinion contrary to the opinion of the legislature is liable to impeachment*”. GARDNER GEYH (2006) p.135.

penalmente. Desde el lado opuesto, el representante de los Congresistas, a quien correspondía ejercer la acusación ante el Senado, afirmó que existían claros precedentes en la legislación británica de jueces que habían sido despojados de sus cargos por conductas que no podían ser perseguidas legalmente²⁴¹. Y para poder encajar las acusaciones en los términos constitucionales, Nicholson afirmó que cualquier conducta impropia de un Juez constituye un “*misdemeanor*”, que sólo el Congreso y el Senado pueden apreciar. Y en desarrollo de esa definición, continuó diciendo que “cualquier ofensa contra un acto del Congreso (...) cualquier actuación contraria a una ley positiva o no amparada por ella” constituiría un “*misdemeanor*”.

Ninguna de estas dos posturas extremas parece razonable, ni compatible con las intenciones de los Fundadores tal y como quedaron reflejados en los debates constituyentes. De seguir las propuestas de Hopkinson -el defensor de Chase- habría que entender que los jueces sólo pueden ser procesados por los delitos comunes, y que el “*impeachment*” sólo supondría un fuero especial desde el punto de vista de la jurisdicción. Pero la Constitución utiliza unos términos concretos, que aunque vagos, no pueden hacerse equivalentes a los de delito o falta. Y de los debates constituyentes se deduce la voluntad de crear un procedimiento para sancionar a quienes incurran en una conducta que de algún modo pueda suponer una violación de la separación de poderes establecida en la Carta Magna, a sabiendas de que puede no estar tipificada como delito en el código federal o en los estatales. Y la postura contraria de Nicholson peca también por exceso, ya que supondría que el mandato vitalicio de los jueces sólo sería tal

²⁴¹ Impeachment of Chase (en Gardner) p. 335.

mientras así fuera la voluntad del Senado. Y eso también había sido rechazado explícitamente en Filadelfia a solicitud de Madison²⁴².

Quizá el punto de vista manifestado por el propio Chase en su defensa sea el más interesante. El juez afirmó que el castigo del “*impeachment*” sería excesivo como consecuencia de un error de juicio o apreciación en su conducta o en sus sentencias, pero sería razonable si pudiera probarse que sus decisiones contrarias a la ley no se habían producido como consecuencia de un error sino que eran intencionadas; es decir, el juez sabía que actuaba contra la ley y aún así no rectificaba su conducta porque se movía impulsado por “malos motivos”.²⁴³

La discusión posterior se centró en las cuestiones de prueba, tan difíciles entonces como hoy cuando se discute sobre la posible prevaricación de un juez. Hay que tener en cuenta además que ni entonces ni ahora las cámaras han aprobado ninguna regla sobre las pruebas que pueden aportarse ni sobre el grado de suficiencia de las mismas de cara a la destitución. Así, los representantes del Congreso defendieron que de los propios actos de Chase se podía deducir una voluntad fraudulenta de violar la ley, mientras sus defensores argumentaban que de un error de juicio nunca se podía presumir una conducta maliciosa o fraudulenta, porque eso supondría la posibilidad de enjuiciar siempre todo el trabajo de los jueces²⁴⁴.

De hecho, no hubo forma de probar una intención fraudulenta en la conducta de Chase, más allá de lo abultado o parcial de sus errores de juicio en algunas de sus sentencias o modos de conducir los procesos. Pero a pesar de que los republicanos estaban en mayoría y se trataba de un juez federalista, muchos senadores moderados

²⁴² GARDNER GEYH (2006) p. 137.

²⁴³ GARDNER GEYH (2006) p. 102.

²⁴⁴ GARDNER GEYH (2006) p. 81.

republicanos se unieron a los federalistas para evitar la destitución de Chase, que fue mantenido finalmente en su puesto al no conseguirse la mayoría de dos tercios necesaria para apartarle del Tribunal Supremo.

Y así concluyó el único intento habido hasta ahora de destituir a un Magistrado del Tribunal Supremo por el procedimiento del “*impeachment*”, lo que claramente desacredita por el momento esta vía, quizá porque su radicalidad la hace poco utilizable, como medio ordinario de control democrático de la “*judicial review*”²⁴⁵. Tampoco ayuda mucho el hecho de que no haya sido posible definir nunca de modo categórico qué conductas judiciales son susceptibles de provocar un impeachment²⁴⁶, por lo que quedaría siempre en manos de la voluntad de la mayoría decidir la destitución de un juez.

De hecho, las cámaras se han mostrado reacias también en los últimos años a utilizar este instrumento incluso con los jueces federales de apelación. A pesar de las cifras totales mencionadas anteriormente, desde 1945 la Cámara de Representantes sólo ha investigado la conducta de un juez federal (excluidos algunos casos de los años 80 en los que el *impeachment* vino precedido de procesos penales abiertos con anterioridad contra los jueces) Y por la forma en que la Cámara ha tratado de evitar la cuestión en las últimas décadas, parece claro que ha prevalecido el temor a que los litigantes pudieran convertir al Congreso en una especie de última instancia de revisión.

²⁴⁵ El *Chief Justice* Rehnquist expresaba así, comentando el caso de Chase, su rechazo al uso de este instrumento constitucional como medio de controlar la “ideología judicial” de un miembro del Tribunal Supremo: “*The Chase acquittal has come to stand for the proposition that impeachment is not a proper weapon for the Congress... to employ in these confrontations [between the courts and the political branches]. No matter how angry or frustrated either of the other branches may be by the action of the Supreme Court, removal of any individual members of the Court because of their judicial philosophy is not permissible*”. REHNQUIST (1992) p. 134.

²⁴⁶ Es bastante citada la frase de Gerald Ford al respecto: “*An impeachable offense is whatever a majority of the House of Representatives considers it to be at any given momento in history*”. 116 Congr. 2nd Sess. 913 (1970)

b) La alteración legislativa de la composición del Tribunal Supremo

Otro medio importante del que puede disponer el poder legislativo para tratar de controlar de algún modo el ejercicio del poder concedido al Tribunal Supremo es reformar su propia composición, dando entrada a Magistrados nuevos o reduciendo su número para intentar desbloquear una situación en la que la composición de la Corte es contraria a los intereses de la mayoría.

De hecho, el Congreso no ha ejercido ese poder desde 1869, cuando el número de jueces del Tribunal quedó fijado en 9 permaneciendo así hasta la actualidad. Este dato puede servir ya de modo claro para poner de manifiesto que el llamado “*court packing*”, como suele denominarse a esta maniobra política, no es -desde hace ya más de un siglo- un elemento de control realmente existente a disposición del legislativo.

Después de las luchas políticas de los primeros años de la República, en los que la composición del Tribunal varió en diversas ocasiones, el último intento serio de utilizar el *court packing* como un medio de control fue el del Presidente Roosevelt en los años 30.

Como es sabido, cuando Franklin Roosevelt accedió al poder con un mandato electoral claro para tratar de sacar al país de la crisis del 29 se encontró con un Tribunal Supremo firmemente establecido en un papel de defensor de la economía liberal, lo que se demostró en varios pronunciamientos jurisprudenciales que invalidaron como inconstitucionales algunos de los proyectos legislativos a los que el Presidente había dado más importancia, provocando gran frustración en su administración y una notable tensión política en el país.

La reacción de Roosevelt fue rescatar una vieja propuesta legislativa de 1913 según la cual, cuando un juez federal permaneciera en su cargo una vez sobrepasada la edad de 70 años, el Presidente podría nombrar a un juez adicional para ese mismo puesto, con la intención de que el trabajo no se ralentizara como consecuencia de las posibles limitaciones físicas del juez más veterano. De hecho, la aprobación de esta proposición habría permitido a Roosevelt nominar de modo instantáneo a 6 jueces para el Tribunal Supremo, dejando su composición en 15 y alterando de modo radical la mayoría que entonces estaba anulando toda la legislación del *New Deal*.

La presión del Presidente obtuvo resultados, y cuando su propuesta estaba pendiente de aprobación en el Congreso el Juez Owen Roberts, que formaba parte del grupo mayoritario de cinco jueces que eran contrarios a las leyes de Roosevelt, decidió cambiar de lado y empezó a validar sistemáticamente todas sus propuestas, lo que tuvo la consecuencia de que el Presidente retirara su reforma.

c) La modificación legislativa de la competencia del Tribunal

Un tercer modo de intentar controlar el Tribunal Supremo por parte del Congreso es reducir o excluir legislativamente su jurisdicción sobre ciertos asuntos. Después de definir la jurisdicción original del Tribunal, la Constitución establece que “en los demás casos, corresponderá al Tribunal Supremo la jurisdicción para la apelación, tanto para los hechos como para el derecho, con las excepciones y los procedimientos que el Congreso establezca²⁴⁷”.

²⁴⁷ Art. 3, Sec. 2, cl. 2: “*In all the other Cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make*”.

De hecho, miembros del Congreso han intentado en varias ocasiones utilizar esta cláusula para reducir los poderes del Tribunal en alguna materia completa, pero hasta los últimos años estos intentos no habían resultado exitosos.

En los años 50 del siglo XX el Congreso rechazó una iniciativa legislativa que trataba de impedir que el Tribunal tuviera jurisdicción sobre los casos relacionados con acciones estatales contra “elementos subversivos”. En 1968 el Congreso rechazó también un intento de privar al Supremo del poder para revisar casos en los que se pusiera en cuestión la admisibilidad de las autoinculpaciones en procesos penales. Se trataba de una reacción contra la célebre sentencia de 1966²⁴⁸ que estableció la obligación de que la policía leyera siempre a los detenidos los “*Miranda warnings*”, para evitar que cualquier prueba obtenida con posterioridad quedara invalidada. La iniciativa fue rechazada. Y en los 80 las tentativas se multiplicaron, y se discutieron en el Congreso propuestas para eliminar de la jurisdicción del Tribunal materias como el aborto o la oración en las escuelas, entre otras.

Y resulta interesante la observación de Gardner²⁴⁹ cuando señala que a pesar de ser republicanos la mayoría de los que entonces trataron de disminuir la jurisdicción del Tribunal fue Barry Goldwater -uno de los padres del moderno movimiento conservador- el senador que con más fuerza se opuso a esa estrategia. En su opinión, esos ataques suponían “un asalto frontal a la independencia de los tribunales y un peligroso golpe a los fundamentos de la sociedad libre²⁵⁰”.

Los políticos y estudiosos contrarios a estas medidas resumen sus argumentos en dos grupos fundamentales: por un lado, si el Tribunal pierde jurisdicción sobre

²⁴⁸ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)

²⁴⁹ GARDNER GEYH (2006) p. 29.

²⁵⁰ FISHER and DOVINS (1996) p. 52.

determinadas materias habrá determinadas minorías o grupos sociales, los que hasta entonces habían sido protegidos por la Corte por medio de decisiones “contra-mayoritarias” que podrían verse privados de sus derechos. Y por otro lado, y se trata de una objeción más técnica, sobre esas materias pasarían a tener la última palabra los Tribunales Federales de Apelación, sin que nadie pudiera unificar su doctrina. Lo que podría llevar a que en cuestiones de gran importancia existieran diversas líneas jurisprudenciales no coincidentes.

De hecho, el Congreso no ha conseguido aprobar estas medidas salvo cuando se trataba de correcciones técnicas con las que se intentaba impedir que la jurisdicción federal fuera utilizada de un modo dilatorio. Así, en 1996 el Congreso aprobó una legislación que impedía a las cortes federales admitir sucesivas apelaciones en materia de habeas corpus por parte de presos por delitos estatales.

En general, el aumento progresivo del prestigio del Tribunal como protector de derechos de las minorías ha impedido presentar a la opinión pública un caso lo suficientemente claro como para que resultara aceptable la disminución de sus competencias por parte del Congreso.

Así pues, puede concluirse que la reducción legislativa de la jurisdicción del Tribunal tampoco ha servido a la mayoría como elemento de control democrático –en el sentido ideológico o de “filosofía judicial”- del ejercicio de la interpretación constitucional por parte del Tribunal Supremo.

d) Las enmiendas constitucionales como medio de rectificar doctrinas del Tribunal Supremo.

Un último medio de intentar compensar o corregir la función del Supremo como intérprete máximo de la Constitución es por medio de Enmiendas al texto de la misma. Pero el principal problema es la complejidad misma del mecanismo. No obstante, en cuatro ocasiones se han aprobado Enmiendas para dejar sin efecto decisiones especialmente polémicas del Tribunal Supremo.

El primer caso se produjo muy pronto, cuando en 1798 se aprobó la 11ª Enmienda, para dejar sin efecto la decisión de *Chisholm v. Georgia*²⁵¹ de 1793, en la que el Tribunal había establecido que los tribunales federales podían admitir demandas contra un Estado por parte de ciudadanos de otro estado. Mucho más conocido es el caso de la 14ª Enmienda, incorporada a la Constitución para anular el efecto de la célebre sentencia *Dredd Scott*²⁵² de 1857, en la que el Tribunal había afirmado que una persona de raza negra no podía ser ciudadano de los EEUU. En el caso de la 16ª Enmienda, de 1913, se trataba de corregir la sentencia dictada en los *Income Tax Cases*²⁵³, que había negado la constitucionalidad de un impuesto federal sobre la renta. Y la última ocasión en que se ha empleado este radical procedimiento fue con la 26ª Enmienda, que rectificaba la doctrina de *Oregon v. Mitchell*²⁵⁴ según la cual el Congreso no podía fijar la edad necesaria para votar en las elecciones estatales en los 18 años.

Pero con las excepción de estos cuatro casos, casi todos los intentos de enmendar la Constitución para sortear la doctrina del Tribunal –y han sido muchos- han fallado. Las razones principales de este fallo es que parece claro que el pueblo norteamericano, y sus legisladores, valoran mucho la estabilidad de su Constitución

²⁵¹ 2 Dall. (2 U.S.) 419 (1793)

²⁵² 60 U.S. 393 (1857)

²⁵³ 157 U.S. 429 (1895)

²⁵⁴ 400 U.S. 112 (1970)

como un elemento esencial de integración de su sociedad política. Y acudir con excesiva frecuencia al método de las enmiendas, cuando las circunstancias no sean verdaderamente excepcionales, parece un riesgo excesivo²⁵⁵.

Así que tampoco parece un método factible, por su complejidad procedimental y por los problemas teóricos que presenta, para que el poder democrático ejerza un control sobre la interpretación constitucional. Así que sólo nos queda volver de nuevo al examen de la filosofía judicial de los candidatos en el Senado, para tratar de analizar si, a pesar de sus defectos y de las críticas que éstos le han acarreado, puede ser un instrumento valioso y válido de control.

e) La eliminación del mandato vitalicio de los *Justices*

Aunque se trata de uno de los elementos más característicos de la judicatura federal norteamericana, también se ha sometido a cuestión el carácter vitalicio del mandato de los jueces. El argumento, como en los casos anteriores, es sencillo. Si el mandato fuera más limitado, no se haría necesario asegurar un medio de control tan extraordinario como pueda ser el moderno proceso de confirmaciones. El tiempo actuaría como límite.

El mandato vitalicio

Sobre la duración del mandato de los jueces federales, la Constitución norteamericana dispone lo siguiente:

²⁵⁵ SULLIVAN (1995)

“The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, an in such inferior Cours as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, as stated Times, receive for their Services a Compensation which shall not be diminishing during their Continuance in Office”

U. S. Constitution Art. III, § 1.

La cláusula constitucional es muy escueta, pero ha sido siempre interpretada en el sentido de que los jueces federales, incluidos los del Tribunal Supremo, permanecerán en el cargo hasta que mueran o se retiren. Y la única excepción posible es la expresada con las palabras *“during good Behaviour”*, referidas a la posibilidad del impeachment que puede ser ejercido por el Congreso en las condiciones a las que nos hemos referido ya anteriormente. En cualquier caso, queda claro que el mandato de los jueces del Tribunal Supremo no está sometido a ninguna clase de límite temporal.

Puesto que se trata de uno de los rasgos que más decisivamente influyen en la conformación del Tribunal, y de uno de los que le distinguen de la inmensa mayoría de las cortes constitucionalidades occidentales, se trata de un punto sobre el que la doctrina norteamericana ha discutido con extensión e intensidad. Y el debate ha sido especialmente agudo en las últimas décadas, animado por el hecho de que se han producido algunos de los más largos periodos sin vacantes de toda la historia del Tribunal.

También ha animado a los críticos el hecho de que el Tribunal Supremo de los EEUU sea prácticamente una excepción absoluta entre las grandes democracias occidentales al otorgar un puesto vitalicio a los jueces de constitucionalidad. En Europa, todas las cortes constitucionales están integradas por magistrados con mandatos

limitados, como los 9 años de España, Italia y Francia o los 12 de Alemania. Y por lo que respecta a la edad de retiro, casi todas incluyen además en su legislación una edad obligatoria de retiro que suele estar entre los 70 y los 75 años.

A lo largo de este trabajo venimos considerando que las sesiones de confirmación en el Senado constituyen un instrumento esencial de control democrático del ejercicio del poder de interpretación constitucional. Y éste ha sido el punto central de crítica de quienes se oponen a las magistraturas vitalicias. El argumento es muy sencillo. Si los *Justices* se renuevan con muy poca frecuencia, ese control democrático es también muy poco frecuente²⁵⁶.

Pero esa no es la única objeción. El punto de partida general es que los Padres Fundadores diseñaron el mandato vitalicio como un modo de asegurar la independencia judicial. Se basaron en la tradición del Common Law. En Inglaterra, los jueces solían ocupar su cargo durante el tiempo en el que se mantuviera en el trono el monarca que les había nombrado. Pero la Revolución Gloriosa de 1688 consideró que la mejor manera de hacer a los jueces completamente independientes del poder real era que su nombramiento fuera vitalicio, extendiéndose su poder más allá de los límites de la vida de los reyes. Y el sistema se incorporó legislativamente en el *Act of Settlement* de 1703. Y de esa fuente bebieron los constituyentes norteamericanos en 1787. Pero tomaron esa decisión en una época en la que la esperanza media de vida era de 40 años. ¿Qué consecuencias tiene para el sistema el hecho de que esa esperanza de vida se haya duplicado?

Las cifras son bastante claras al respecto. En las primeras tres décadas del Tribunal (1789-1820) la media de duración de los mandatos de los jueces del Tribunal

²⁵⁶ CALABRESI y LINDGREN (2006) p. 16.

Supremo fue de 7 años y medio. Hasta 1850 subió bastante y entre 1850 y 1970 se mantuvo entre 18 y 12 años. Pero la cifra que más interesa aquí, por la proximidad temporal, es la de la época más reciente. Entre 1970 y 2005, la media de permanencia en el Tribunal subió espectacularmente hasta los 26 años²⁵⁷. Otra señal clara de la misma tendencia es que entre 1994 y 2005 transcurrieron 11 años sin que se produjera ninguna vacante en el Tribunal, y por tanto ninguna oportunidad de control por medio del proceso de confirmación senatorial.

Pero la falta de oportunidades para el control de la función constitucional no ha sido el único argumento esgrimido contra el mandato vitalicio de los Tribunales. Uno de los más importantes está relacionado con el anterior. Si las oportunidades de nombrar a un magistrado son tan escasas, cuando este momento llega aumentan las posibilidades de que la confirmación del Juez en el Senado se convierta en una intensa batalla política de las que pueden acabar minando el prestigio del Tribunal y de los Congresistas. Lo que no sucedería, se dice, si los nombramientos se produjeran con más frecuencia o según alguna rutina temporal preestablecida²⁵⁸.

Otra importante objeción es la de la avanzada edad que pueden alcanzar magistrados que aún están en el ejercicio de sus cargos, lo que podría disminuir la calidad de su trabajo o el ritmo al que son capaces de realizarlo. Con el sistema previsto en la Constitución, corresponde exclusivamente a cada *Justice* decidir cuándo ha llegado el momento de retirarse. Y el hecho es que al igual que ha sucedido con la permanencia en el cargo, la edad a la que se retiran los magistrados del Tribunal ha aumentado de forma muy significativa. Entre 1789 y 1820 la edad media de retiro fue de 58 años. Entre 1850 y 1940 se mantuvo en torno a los 72. Pero entre 1970 y 2005 la

²⁵⁷ CALABRESI y LINDGREN (2006), p. 23.

²⁵⁸ CARRINGTON y CRAMTON (2006), p. 468.

cifra creció hasta los 80 años. Y resulta muy llamativa la comparación con la edad media a la que se retiran los norteamericanos. Si se toma como referencia el año 2000, los datos muestran que sólo un 13,5% de los norteamericanos mayores de 70 años estaba aún en su puesto de trabajo. En ese momento, 7 de los 9 jueces del Tribunal superaban esa edad²⁵⁹.

Y un tercer problema, quizá más indefinido pero probablemente más preocupante, es la posibilidad de que un mandato vitalicio pueda afectar al modo en que los jueces interpretan la Constitución, haciéndoles de alguna forma más arrogantes o insensibles de lo que sería conveniente. Es el clásico temor al “gobierno de los jueces”, siempre unido a la presunta falta de legitimidad democrática de éstos. Pero en este caso las posibilidades de que los jueces se extralimitaran en su papel y ocuparan el espacio del parlamento sería mayor por el hecho de ocupar la única magistratura vitalicia de la nación.

Pero frente a estos argumentos, expresados con mayor frecuencia en los últimos años, parece seguir teniendo más peso la generalizada impresión de que el pueblo norteamericano cree que el mandato vitalicio de los jueces federales es la mejor garantía de su independencia²⁶⁰.

La doctrina que se ha ocupado de esta cuestión en época reciente parece inclinarse por el establecimiento de algún tipo de límite. Lo que resulta menos unánime es el límite mismo y sobre todo el modo de realizar la reforma.

²⁵⁹ CALABRESI y LINDGREN (2006), p.25.

²⁶⁰ Además, parece que pocos autores han escrito en apoyo del mandato vitalicio. Quizá sólo FARNSWORTH (2005), de entre los que en los últimos años han investigado en esta materia.

Así, en la moderna época de confirmaciones “políticas” en las que se centra este estudio, una de las primeras propuestas en la materia fue la de Oliver²⁶¹, que sugería unos períodos fijos de 18²⁶² años, lo que supondría –sobre un total de 9 jueces- que cada 2 años se produciría un nuevo nombramiento. Esto tendría la ventaja de dar estabilidad al proceso y de permitir que cada Presidente tuviera las mismas oportunidades de nombrar magistrados²⁶³. Otros autores han planteado también términos amplios²⁶⁴, con el objetivo fundamental de evitar los mencionados defectos de unas confirmaciones tensas e irregularmente repartidas, así como los comportamientos estratégicos de los propios jueces a la hora de decidir su retiro. En estos planteamientos se considera positivo un largo tiempo de permanencia en el puesto y no preocupa excesivamente la posibilidad de que los magistrados alcancen una edad demasiado elevada en el ejercicio de sus cargos. Otra de estas propuestas, quizá la más elaborada, es la de Calabresi y Lindgren²⁶⁵, que hablan también de un período fijado de 18 años para recuperar la media de permanencia en el Tribunal que fue habitual entre 1789 y 1970, tratando así de reducir los 26 años a los que se ha llegado en las décadas posteriores. Pero para tratar de preservar con claridad la posición y la independencia de los *Justices*, su sueldo sería vitalicio y tras concluir su mandato en el Tribunal Supremo podrían ocupar un puesto en un tribunal federal de apelación. Los autores detallan también el modo en el que consideran conveniente realizar la reforma. A diferencia de otras propuestas, consideran que no sería posible realizar la reforma mediante la aprobación parlamentaria de un

²⁶¹ OLIVER (1986)

²⁶² Algún autor ha estudiado incluso los períodos más fructíferos de los jueces más importantes, concluyendo que sus mejores sentencias casi siempre se encuentran en sus primeros 18 años en el cargo POWE (2006) p. 103 y 104.

²⁶³ En este sentido, podría decirse que se han producido bastantes desequilibrios en los nombramientos. Por ejemplo, en la época moderna, Richard Nixon tuvo la oportunidad de nominar a 4 jueces en 5 años y Gerald Ford no pudo nominar a ninguno en los 4 años de su mandato.

²⁶⁴ Así MONAGHAN (1988), que aconseja un límite de entre 15 y 20 años, o DI TULLIO y SCHOCHET (2004), que utilizan también la cifra de 18 años para “cuadrar” las nominaciones.

²⁶⁵ CALABRESI y LINDGREN (2006)

nuevo “Statute” para el Tribunal, porque podría incurrir en inconstitucionalidad. Y tampoco les parece suficientemente segura una reforma convencional por la vía de que los jueces actuales pactaran ir retirándose paulatinamente según una pauta determinada. Por eso consideran que la única alternativa eficaz sería una Enmienda a la Constitución.

La defensa del mandato vitalicio

Como ya se ha mencionado, la defensa más sólida del mandato vitalicio de los jueces ha sido la formulada por Farnsworth²⁶⁶.

La principal línea de argumentación del profesor Farnsworth es la de que las magistraturas vitalicias en el Supremo tienen la ventaja de proporcionar un doble ritmo a la legislación. Por una parte estarían las cámaras legislativas, que pueden transformar las normas con una relativa rapidez, y como contrapeso estaría el Tribunal, que ejecutaría esos cambios legislativos con mucha mayor lentitud. La causa de esto es que en la Corte están representadas las fuerzas políticas dominantes 10 ó 15 años antes, mientras que el Parlamento representa el equilibrio político actual. Y esa mayoría política actual, si cuenta con el Presidente, necesitará ordinariamente al menos una década para alterar de un modo decisivo la composición del Tribunal. Y cuando lo haya conseguido, es posible que ya no se encuentre en el poder.

De hecho, durante las primeras tres décadas el s. XX la mayoría progresista que llevó al poder a Franklin Delano Roosevelt tuvo que enfrentarse a un Tribunal muy conservador que sólo muy lentamente pudo ser transformado a base de nuevos

²⁶⁶ FARNSWORTH (2005)

nombramientos. Y en el sentido contrario, los conservadores tuvieron que enfrentarse entre 1968 y 1991 a un Tribunal bastante progresista.

Obviamente, se trata de una argumentación que puede calificarse de conservadora, aunque no en un sentido estrictamente ideológico. Recuerda a las ideas de Burke y, en general, al sentimiento generalizado de equilibrio aristocrático que inspiró tantas instituciones clásicas, como el Senado romano o la Cámara de los Lores británica. Muchos comentaristas modernos han aceptado que la premisa básica del razonamiento está bien fundamentada, por ser deseable un órgano que modere unos cambios legislativos que en otro caso podrían ser excesivamente bruscos. Pero lo más frecuente es afirmar que no es necesaria a magistratura vitalicia para que ese freno tenga eficacia. Bastaría con períodos largos, quizá más largos que los europeos pero no necesariamente vitalicios.

Pero también destaca Farnsworth otra ventaja importante de las magistraturas vitalicias, que sería la de impedir que un partido pudiera dominar de un modo casi absoluto el Tribunal. Efectivamente, en las propuestas que se inclinan por un mandato fijo de 9 ó 18 años para que las nominaciones se produzcan regularmente cada dos años, se puede producir la situación de que un mismo partido podría “ocupar” el Supremo por completo si consigue varios triunfos seguidos en las elecciones presidenciales, dado que todos los Presidentes nombrarían un magistrado cada dos años (cuatro, en total, si son reelegidos)

Como primera respuesta, podría argumentarse que –tal y como demuestran los hechos- los Jueces no siempre se comportan según la pauta ideológica que podría esperarse a la luz de la ideología del Presidente que les nombró. Aunque quizá esa independencia de criterio tenga alguna relación con el carácter vitalicio del

nombramiento. Pero además, tampoco supondría una variación muy radical con respecto a la situación actual. De hecho, desde que el Tribunal pasó a tener nueve miembros en 1869 hasta 1988, con la excepción de Wilson que nombró tres, todos los Presidentes que han sido reelegidos han tenido la oportunidad de nombrar a cuatro magistrados. Aunque probablemente resulta significativo que en las últimas décadas se hayan producido las excepciones más importantes a esta regla estadística, ya que los Presidentes Clinton y Bush Jr sólo pudieron nominar a dos jueces en sus ocho años de mandato. Y es significativo porque refleja el progresivo aumento de la esperanza de vida y la elevación de la edad media de retiro de los jueces a la que ya nos hemos referido en estas páginas.

Por otra parte, para que uno de los partidos pudiera monopolizar el Tribunal al regularizarse las nominaciones tendría que dominar no sólo la Presidencia sino también el Senado, ya que como hemos visto una cuarta parte de las nominaciones no han superado la fase final de confirmación. Y aunque sí ha sucedido que un partido se llevara la Presidencia 3 ó 4 veces seguidas, nunca lo ha conseguido manteniendo siempre mayoría en el Senado. De hecho, en el único período en el que casi se sucedieron esas mayorías –en los mandatos de F. D. Roosevelt y de Truman- ambos presidentes nombraron también algunos candidatos moderados, incluyendo a dos republicanos, y no trataron de “ocupar” por completo el Tribunal.

Además, las oportunidades de copar el Supremo se han dado también con el actual sistema. Entre 1933 y 1953 Roosevelt y Truman nominaron a 12 jueces. Y en siglo anterior, cuatro presidentes republicanos consecutivos nombraron a 14 jueces entre 1861 y 1885. Y más recientemente, aunque con el interludio de Jimmy Carter, Nixon, Ford, Reagan y el primer Bush nombraron 11 jueces entre 1969 y 1993. Ya se ha explicado con anterioridad que estas posibilidades no fueron aprovechadas por los

respectivos presidentes para llenar el Tribunal con jueces de partido. Y las causas de que esto no sucediera son, además del respeto por la institución generalmente mostrado por los presidentes, que los candidatos tendrían que someterse al proceso de confirmación senatorial y, por otra parte, que el carácter vitalicio de su magistratura les hacía imposibles de controlar a posteriori.

También se ha mencionado como una posible ventaja del sistema actual que la introducción de límites temporales podría incentivar el comportamiento “activista” de los jueces, al considerar éstos que dispondrán de menos tiempo para influir en la interpretación de la Constitución. Y quizá ese comportamiento fuera especialmente intenso en los últimos años de ejercicio del cargo.

De hecho, éste es uno de los argumentos que han considerado los partidarios de períodos limitados extensos, como el de 18 años propuesto por Calabresi y Lindgren²⁶⁷, frente a los que sugieren mandatos más cortos.

El riesgo de considerar al Tribunal un órgano político

Pero quizá la objeción más importante es la de quienes creen que si se elimina el mandato vitalicio se podría debilitar la posición del Tribunal como poder separado del Ejecutivo y el Legislativo. En efecto, la gran paradoja de las reformas que pretenden legitimar el ejercicio de la interpretación constitucional es que corren el riesgo de destruir aquello que pretenden proteger.

De hecho, no resulta fácil saber si la opinión pública norteamericana demanda del Tribunal Supremo un papel más activo en la interpretación de la Constitución, más

²⁶⁷ CALABRESI (2005) p. 74.

directamente conectado a lo que muestran las encuestas y los resultados de las elecciones legislativas y presidenciales. La doctrina no deja de discutir sobre este particular. Pero parece claro que en las últimas nominaciones los jueces se han esforzado por dejar claro que no llevarían sus preferencias personales al Tribunal, y que se limitarían en cada caso a intentar aplicar la ley y respetar los precedentes asentados. Así sucedió en las nominaciones de Bill Clinton, en las de George W. Bush y en la primera de Barack Obama. En todos los casos los candidatos se han presentado como jueces “no activistas”, y cuando se han mostrado partidarios del aborto –convertido en el test ideológico más importante- han dejado claro que lo hacían por respeto a la jurisprudencia establecida por el Supremo en *Roe w. Wade*. No parece que pueda decirse que el “originalismo” sea una característica necesaria en los jueces actuales, pero sí que se espera de ellos un saludable “*self restraint*” que deben dejar claro en las sesiones de confirmación.

Y de esto mismo podría desprenderse que el público norteamericano no quiere convertir el Tribunal Supremo en un órgano “político” similar al Parlamento, con sus cambios de mayorías decididos por los votantes y sus mandatos temporales limitados. Y esto podría considerarse un serio obstáculo a la eliminación del mandato vitalicio de los jueces.

2. 10. EL DEBATE DOCTRINAL SOBRE LOS LÍMITES DEL “JUDICIAL REVIEW” Y EL SENTIDO DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

2. 10. 1. Introducción

Tras estudiar con detenimiento el proceso de confirmación de los magistrados en sus orígenes y evolución, y trazar los rasgos actuales de la institución, corresponde, antes de obtener algunas conclusiones, referirse a una cuestión más teórica.

Se trata de examinar el debate doctrinal más clásico del derecho constitucional norteamericano, el de los límites del “judicial review”, del poder de los jueces del Tribunal Supremo para interpretar la Constitución. Y más específicamente, tal y como se ha planteado en las últimas décadas, el objetivo es saber qué operación realizan los jueces cuando interpretan una Constitución de 1787, con un articulado muy reducido, cuando obtienen conclusiones sobre problemas jurídicos o políticos que sin duda no se plantearon los “founding fathers”.

¿Deben los jueces limitarse a aplicar estrictamente las palabras de la Constitución? ¿Es esto posible? ¿Deben desarrollar los derechos contenidos en ella obteniendo otros nuevos cuando consideren que los tiempos actuales requieren una actualización del pacto social inicial? Obviamente, se trata de preguntas sobre el concepto mismo de interpretación de la ley. La teoría general del derecho se ha ocupado de la cuestión en todos los sistemas constitucionales desde hace mucho tiempo, y el

debate dista mucho de estar cerrado. Pero allí donde existen tribunales constitucionales, la discusión es más importante porque se trata de la interpretación de una norma muy especial, la Constitución, a la que no cabe aplicar estrictamente las clásicas categorías interpretativas válidas para la ley ordinaria.

Y no se trata de un debate meramente teórico. De su resultado depende el margen de actuación que se concede a la jurisdicción constitucional que corresponde. Aunque dado que dicha jurisdicción es habitualmente la última, la doctrina sólo suele servir para calificar negativa o positivamente la actuación de los respectivos tribunales, o la de sus miembros individuales. Y es por esto último por lo que necesitamos reflexionar aquí sobre la cuestión.

En efecto, para saber el papel que desempeñan las confirmaciones desde el punto de vista constitucional, hay que preguntarse si la labor que realiza el Tribunal Supremo puede ser de desarrollo –o incluso de creación de normas constitucionales- o si es de mera aplicación de la Constitución. Porque si pudiera afirmarse esto último, las sesiones de confirmación podrían pasar como un mero filtro técnico de la competencia profesional de los candidatos. Pero si los jueces del Supremo actualizan la Constitución constantemente, entonces las confirmaciones podrían estar sirviendo –como parece desprenderse de su historia y de su configuración actual- como un medio esencial de control de esta labor cuasi constituyente de verdadera creación de derecho constitucional.

2. 10. 2. Planteamiento de la cuestión.

Una referencia clásica para comenzar el repaso de esta apasionada y esencial discusión en el derecho constitucional norteamericano son las conocidas palabras de Madison en el número 47 de “El Federalista”: “Si el poder de juzgar se uniera con el de legislar, la vida y la libertad estarían expuestas a un control arbitrario, ya que el juez sería entonces el legislador”.

Hay muchas otras menciones en “El Federalista” al temido “gobierno de los jueces”. Algunas de ellas se han citado en la primera parte de este trabajo, pues fueron utilizadas como munición en algunos de los primeros debates de confirmación, así como en la discusión que surgió tras la sentencia “Marbury” en la que el Supremo asumió por primera vez el poder del control de constitucionalidad de la legislación. Pero a pesar del tiempo transcurrido, no hay una doctrina oficial, ni siquiera del propio Tribunal, sobre los límites de este poder. Todos los jueces que lo han ejercido afirman que su trabajo es interpretar la Constitución, pero el alcance que dan a esta interpretación varía mucho desde los que se llaman a sí mismos “originalistas” o “textualistas” –partidarios ambos de una interpretación rigurosa y ceñida al texto y a sus orígenes- hasta lo que consideran válido los denominados “activistas” o “pragmatistas”, que hablan de una “*Living Constitution*” que ha de ser permanentemente actualizada.

En general, es frecuente encontrarse en la doctrina norteamericana con autores que afirman que el derecho constitucional norteamericano no se pronuncia sobre la cuestión más importante: cómo ha de interpretarse la Constitución²⁶⁸. El argumento suele fundarse en que el texto de 1787 no se pronuncia sobre la cuestión; y de hecho ni siquiera concede de manera explícita el poder de interpretarla a ningún Tribunal. Y tampoco el Tribunal Supremo ha establecido –para sí mismo- una doctrina clara sobre el

²⁶⁸ RUBENFELD (2005), 4-5.

asunto. Otros autores concluyen de modo parecido aunque con un enfoque contrario, afirmando que el problema es que hay demasiadas teorías sobre la interpretación constitucional tanto en la doctrina como en la jurisprudencia²⁶⁹.

En los años 80 el debate se acentuó más con la formulación por parte de Robert Bork²⁷⁰ de la posición llamada “originalista”. Su exposición teórica y la defensa de la misma en los debates de su nominación en el Senado tuvieron una gran influencia. Desde entonces, lo habitual es encasillar a los jueces como “originalistas” o como contrarios a esta escuela, con algunas variantes en ambos lados.

2. 10. 3. El “originalismo”

El originalismo es una escuela de interpretación constitucional que busca obtener el significado de las normas constitucionales sólo a partir de dos fuentes: el significado literal del texto y la intención específica de los autores del mismo y de quienes lo ratificaron²⁷¹.

Los fundamentos filosóficos de esta posición suelen encontrarse en la idea de que la Constitución es viculante por la autoridad de quien la elaboró y adoptó. Estas ideas, en la tradición anglosajona, pueden rastrearse en Austin o Bentham, y aún antes en Hobbes²⁷². Es una corriente tradicionalmente opuesta al common law, en el que la autoridad del juez presente es mucho más importante que la de cualquier “super

²⁶⁹ PAULSEN (2006).

²⁷⁰ BORK (1990).

²⁷¹ WOLCHER, 2005 p. 18.

²⁷² AUSTIN, J. (1954), BENTHAM (1970), HART (1982)

legislador” anterior²⁷³, aunque la jurisprudencia esté fuertemente vinculada a los precedentes.

En cualquier caso, los originalistas modernos a los que nos referiremos a continuación -jueces como Bork o Scalia-, han dedicado menos tiempo a la fundamentación que a la propia aplicación de este modo de interpretación constitucional. Y por lo que se refiere a esas premisas filosóficas, su respaldo a la autoridad del texto constitucional no está en la línea del positivismo jurídico de autores como Austin si no más bien en la consideración de que la Constitución de 1787 es quien otorga a los jueces el poder que ejercen, actuando también como límite del mismo.

Así, la mayor parte de los originalistas coinciden, además de los principios de interpretación ya expuestos, en que la única manera lícita de cambiar el sentido original de la Constitución es enmendarla por el procedimiento previsto en ella, de manera que se respete la autoridad del poder constituyente original y del derivado.

El inicio de la fase moderna y más pública de este clásico debate se produjo cuando en 1985²⁷⁴, el entonces Fiscal General Edwin Meese pronunció un discurso ante la *American Bar Association* clamando por lo que llamó una “*Jurisprudence of Original Intention*”. El mensaje de Meese estaba centrado en la idea de que los norteamericanos se habían dado su Constitución para estar bajo el gobierno de las leyes, y no de los reyes. Y que la Constitución escrita es la más importante de todas las leyes y vincula a todos los poderes públicos, lo que incluye a los jueces del Tribunal Supremo. Desde su punto de vista, cualquier juez que abandone la referencia del significado original del texto constitucional sólo puede realizar la operación de sustituir la filosofía política de los Fundadores por su propia filosofía. Así pues, la Constitución escrita no es sólo una

²⁷³ STRAUSS (1996) p. 10.

²⁷⁴ CALABRESI (1991) p. 1.

límite al poder de los legisladores sino también, y con la misma importancia, es el más importante de los límites del poder de los jueces.

Por otra parte, añadía Meese, cuando los jueces realizan interpretaciones propias pueden provocar importantes cambios en el significado de la Constitución que resultan profundamente desestabilizadores. Además, se obliga así a los jueces queden marcados en términos de “liberalismo” o “conservadurismo”, lo que contamina fatalmente su labor. Así, para un originalista no hay interpretaciones liberales o conservadoras en la Constitución. Sólo hay interpretaciones correctas o incorrectas de la misma.

La argumentación del entonces Fiscal General concluye con otro argumento interesante. Dado que la Constitución no preve los poderes del control constitucional - que fueron asumidos por el Tribunal en *Marbury vs Madison*- si el Supremo no está vinculado por el significado original de la Constitución ¿por qué lo están los demás poderes? La idea en la que el Juez Marshall fundamentó el “judicial review” perdería su sentido. Si el poder del control constitucional debe ejercerse para asegurar la vigencia efectiva de la Ley Suprema, ¿no debe ésta regir también sobre todos los jueces?

Y el propio sistema del precedente quedaría herido de muerte en caso contrario. Si el Supremo no está vinculado por la Constitución, ¿por qué habrían de estar los jueces inferiores vinculados por las opiniones del Tribunal Supremo?

La respuesta a las posiciones de Meese se articuló en torno a una conferencia pronunciada pocas semanas después en Georgetown por el Presidente del Tribunal Supremo, William Brennan. Su principal línea de argumentación, citada después con mucha frecuencia, fue que la idea de conservar la intención “original” de los

Fundadores era mera arrogancia disfrazada de humildad²⁷⁵. Según Brennan, es pretencioso afirmar que es posible descubrir el modo en que los Fundadores habrían aplicado sus principios morales y jurídicos del siglo XVIII a los problemas de la sociedad del siglo XX. Para Brennan, el “genio” de la Constitución consiste en su capacidad de adaptar los grandes principios a las necesidades de los hombres de cada época. Y los jueces del siglo XX, sólo pueden aplicar la Constitución como americanos del siglo XX.

Pero como ya se ha adelantado, la fijación de las posturas originalistas y su formulación más completa vendrían de la mano de Robert Bork, cuyo tormentoso y fallido proceso de confirmación ya ha ocupado un espacio importante en estas páginas.

Bork había delineado inicialmente su postura en un artículo de 1971, “*Neutral Principles and Some First Amendment Problems*”,²⁷⁶ que se convertiría después en uno de los más citados de la historia del derecho constitucional norteamericano. Tras las sesiones de confirmación, en 1990 publicó “*The Tempting of America*”²⁷⁷, la obra en la que desarrollaría por extenso su teoría de la interpretación constitucional que se convertiría en la referencia fundamental del originalismo.

Bork afirma que el problema principal que se plantea al interpretar la Constitución es lo que llama el dilema “madisoniano”, consistente en que ni la mayoría ni la minoría están capacitados para articular los límites entre la autoridad democrática y la libertad individual. Ambos tienden a una tiranía. Y la Constitución proporciona unas reglas que los jueces deben aplicar para equilibrar a la mayoría y a la minoría. Pero estos jueces sólo deben buscar en la Constitución esas reglas que los Fundadores

²⁷⁵ CALABRESI (2001) p. 8

²⁷⁶ BORK (1971)

²⁷⁷ BORK (1990)

fijaron. No pueden convertirse ellos mismos en representantes de la mayoría o de la minoría. Pero en la mayor parte de las ocasiones, quienes tratan de resolver el problema lo hacen aplicando su propia filosofía moral. Y no hay razón, dice Bork, para que el ciudadano tenga que aceptar que la filosofía moral del juez es de más valor que la propia.

Por otra parte, los jueces son sólo juristas, adiestrados en interpretar textos jurídicos. Y no se puede deducir de eso que tengan más capacidad que los ciudadanos o los legisladores para discernir las cuestiones morales que se discuten cuando hay que aplicar la Constitución a situaciones nuevas.

Quizá el punto más importante de la argumentación de Bork sea el que se refiere a la posibilidad real de que esta operación lógica, la búsqueda del sentido “original” del texto, sea realizada. En su opinión, lo que el originalista hace cuando investiga la historia de la elaboración de la norma constitucional es buscar una premisa, no una conclusión cerrada. No se trata de averiguar cómo regularon los Fundadores un punto concreto sino cuál es el principio, bien o derecho que querían proteger. Así, el principio actuaría como premisa mayor, y la redacción constitucional sería la conclusión. La premisa menor sería la realidad del tiempo en que los Fundadores tuvieron que dar solución a un problema. Por eso, el juez moderno tiene que utilizar la premisa mayor, el principio protegido por los Fundadores, y relacionarlo con los hechos actuales, la premisa menor, para obtener la interpretación adecuada, sin arrogarse un papel que no le corresponde.

Durante la era Reagan, la administración trató de integrar la judicatura federal con jueces originalistas, y en muchas de las nominaciones de esta presidencia, no sólo en las de jueces del Tribunal Supremo, aparece explícita como una de las razones de la

preferencia por un candidato su historial de ser un juez respetuoso con las intenciones originales de los autores de la Constitución²⁷⁸.

Y el Supremo, durante la presidencia de Rehnquist, vio muy influenciada su jurisprudencia por esta corriente, manifestada de manera especial en el juez Scalia, que además dedicó esfuerzos importantes a su formulación y defensa teórica en numerosas obras escritas²⁷⁹. Le acompañaron en esas posiciones doctrinales el propio Presidente Rehnquist²⁸⁰ y el juez Thomas²⁸¹.

Los últimos magistrados seleccionados han tratado de mantenerse en posiciones intermedias, sin pronunciarse con claridad durante sus confirmaciones –como hemos visto- adoptando una posición clara en este debate.

2. 10. 4. Interpretación constitucional y confirmación parlamentaria de nombramientos

Como hemos podido ver la cuestión sigue muy abierta. Pero puede afirmarse que en la sociedad y en la doctrina norteamericana se acepta de modo general que la interpretación actual de un texto de 1787 exige de los jueces un tipo de razonamiento que implica poner en juego -en los casos más complicados- las propias convicciones ideológicas y morales de los jueces, sin que esto impida que esa operación pueda seguir calificándose de interpretación jurídico-constitucional.

²⁷⁸ Así en la ceremonia de juramento de Rehnquist como Chief Justice del Tribunal, Reagan afirmó que: “[The Founding Fathers] understood that, in the words of James Madison, “if the sense in which the Constitution was accepted and ratified by the nation is not the guide to expounding it, there can be no security for a faithful exercise of its powers””. POST (2001) p. 545.

²⁷⁹ SCALIA (1997), SCALIA (1989), CALABRESI (2001)

²⁸⁰ REHNQUIST (1976)

²⁸¹ THOMAS (1996)

Y es ese consenso general el que permite, en parte, que los procesos de confirmación se hayan hecho cada vez más abiertamente políticos o ideológicos. Por el lado de los originalistas porque se hace necesario comprobar si el candidato está dispuesto a respetar el sentido original de la Constitución sin imponer puntos de vista particulares. Y desde las posiciones opuestas, las del llamado “activismo judicial”, para saber si el juez sabrá desarrollar acertadamente la interpretación constitucional de forma que la Constitución sea siempre un estímulo y no un obstáculo para que las leyes puedan mejorar la vida de los norteamericanos del tiempo presente.

En cualquier caso, pocos defienden en los EEUU una visión de la interpretación constitucional tan restringida que pudiera poner en cuestión la necesidad de examinar a fondo las convicciones ideológicas o morales de los candidatos al Tribunal Supremo.

3. ALGUNOS MODELOS EUROPEOS DE ELECCIÓN DE MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES

El presente trabajo está centrado en el modelo más antiguo de selección parlamentaria de magistrados constitucionales, el norteamericano. Y el objeto del mismo, como ya se ha repetido en varias ocasiones, no es sólo conocer éste a fondo sino intentar aportar algunos puntos de vista interesantes para la interpretación y posible mejora del sistema de nombramientos del Tribunal Constitucional Español.

Pero antes de pasar al análisis de nuestro sistema y a su comparación con el norteamericano conviene detenerse con brevedad en algunos de los modelos europeos más relevantes. De este estudio pueden extraerse algunas conclusiones interesantes que matizarán la experiencia norteamericana desde un punto de referencia mucho más próximo, en la mayoría de los casos, al de nuestras tradiciones políticas y jurídicas.

3. 1. REINO UNIDO

3. 1. 1. Introducción

Como es sabido, en el Reino Unido no existe propiamente un control de constitucionalidad de las normas tal y como se entiende en los sistemas kelsenianos continentales o en el modelo de *judicial review* norteamericano. Las normas

constitucionales británicas no se encuentran recogidas en un documento especialmente protegido cuya custodia esté encomendada a un tribunal específico. El derecho británico es aplicado por los tribunales según las reglas del *stare decisis* y las decisiones que unifican la jurisprudencia son las de la última instancia de apelación. En general, la fuerza del principio de soberanía del Parlamento ha impedido siempre el desarrollo de un sistema de control constitucional.

No obstante lo anterior, tiene sentido estudiar aquí el caso británico porque en el año 2005 se ha producido una importantísima reforma legal que ha incluido la creación de un *Supreme Court of the United Kingdom*, y ha provocado una interesante discusión política y doctrinal sobre el *judicial review* y sobre el modo de seleccionar a los jueces.

De hecho, y esto sería aún más decisivo, algunos autores han criticado²⁸² la reforma afirmando que podría tener el efecto indirecto -probablemente no deseado por el gobierno laborista- de facilitar el nacimiento y posterior desarrollo de un verdadero *judicial review* en el Reino Unido, lo que supondría un cambio verdaderamente sustancial en la constitución británica.²⁸³

Además, no son pocos los autores que afirman²⁸⁴ que la creativa manera en la que los jueces están interpretando la ley en las últimas décadas, especialmente desde la incorporación del Reino Unido al Convenio Europeo de Derechos Humanos, les aproxima cada vez más a algo que el propio Juez Marshall reconocería como un auténtico *judicial review*.

²⁸² FITZGERALD, PETER L. (2004) pp. 233, 267.

²⁸³ WOOLF, LORD (2004)

²⁸⁴ FITZGERALD, PETER L. (2004) p. 18.

3. 1. 2. La separación de poderes y la discusión sobre el *judicial review*

El control constitucional norteamericano, que es objeto de estudio principal en este trabajo, ha tenido como una de sus bases de desarrollo el estricto esquema de separación de poderes desarrollado por los Padres Fundadores en el siglo XVIII . En el Reino Unido, dicha separación de poderes no se produjo nunca de un modo radical. Como se ha observado con frecuencia, se trata de un sistema de equilibrio más que de separación²⁸⁵ basado en el principio fundamental de la soberanía del Parlamento y del *rule of law*.

El Parlamento, dominado por el partido del *Prime Minister*, elabora las leyes a impulso de éste. Así, el jefe del Gobierno es también el líder de la *House of Commons*, de la que es miembro. Y para completar esta mezcla de poderes, que está en el origen de los modernos sistemas parlamentarios llamados “de gabinete”, la Cámara Alta, *The House of Lords*, recibió en época relativamente moderna el poder de ser la última instancia de apelación en la jurisdicción civil y criminal.²⁸⁶ De esta forma, los llamados *Law Lords* han sido los últimos jueces de apelación en el Reino Unido, lo que dada la peculiar estructura normativa británica les convertía en lo más parecido a un juez constitucional continental. Y ese peculiar equilibrio²⁸⁷ se cerraba con la figura del *Lord Chancellor*, que siendo un Ministro del Gabinete nombrado por el Primer Ministro, era

²⁸⁵ STEVENS, ROBERT (2002) pp. 85-86.

²⁸⁶ HARTLEY, T. C. y J. A. G. GRIFFITH (1975) pp. 176-177.

²⁸⁷ Desde el punto de vista norteamericano, tan peculiar interpretación de la separación de poderes -que al otro lado del mar llegó mucho más depurada- ha sido calificada incluso de “*triunvirate of governmental fusion*”. Así en SKOLD, MICHAEL (2006) p. 2155.

también la cabeza del sistema judicial como *Speaker* o presidente de la Cámara de los Lores.²⁸⁸

Desde un punto de vista continental -o incluso norteamericano a este respecto- pudiera parecer que no hay garantías suficientes de que los *checks and balances* puedan funcionar para impedir que el Gobierno ejerza todo el poder sin un contrapeso real en un parlamento que domina y del que también depende la judicatura. Sin embargo, como ya se ha mencionado, la fuerza de los dos principios capitales del sistema político británico, la soberanía del parlamento y el *rule of law*, ha sido suficiente para evitar derivas autoritarias y ha servido para mantener durante siglos una esquema de relación entre los poderes que si bien puede resultar teóricamente confuso, en la práctica ha resultado mucho más eficaz y respetuoso con la libertad que la mayoría de las posibles alternativas.²⁸⁹

La doctrina de la soberanía del parlamento puede enunciarse con bastante sencillez: de los tres poderes clásicos, el legislativo -reservado al Parlamento- tiene una posición claramente superior y el ejercicio de sus poderes se realiza sin ningún tipo de control o limitación.²⁹⁰ Por ese motivo, no existe en el Reino Unido un poder de “*judicial review*” entendido al modo norteamericano y ejercido por los jueces²⁹¹. El Parlamento no está sometido, como legislador, al control de la judicatura. El único poder de “*judicial review*” que corresponde a los jueces británicos es el que se refiere al

²⁸⁸ BRAZIER, RODNEY (1994) p. 280.

²⁸⁹ Sintetizando, podría decirse que la soberanía del Parlamento tiene relación con las ideas contractualistas de Thomas Hobbes, mientras la separación norteamericana de poderes procede de las ideas de John Locke sobre los derechos naturales y el gobierno limitado. MARSHALL, G. (1971) pp. 1-2.

²⁹⁰ DICEY (1982), p. 86.

²⁹¹ DICEY (1982), p. 39: “*There does not exist in any part of the British Empire any person or body of persons, executive, legislative or judicial, which can pronounce void any enactment passed by the British Parliament on the ground of such enactment being opposed to the constitution, or on any ground whatever, except, of course, its being repealed by the Parliament*”.

control de los actos ejecutivos y administrativos, pero no el de las Actas -leyes- del Parlamento.²⁹²

Ahora bien, para asegurar que esos actos ejecutivos y administrativos respetan la libertad de los británicos (protegida por las Actas del Parlamento) es misión esencial de los jueces velar porque la actuación de los poderes públicos se produzca siempre dentro de los cauces de esas leyes aprobadas por el Parlamento y del resto del derecho británico creado por la costumbre y por la propia jurisprudencia. Y es en esta labor de interpretación del complejo derecho inglés en la que a veces, nunca de un modo explícito, se puede plantear un cierto *judicial review* en el último nivel de apelación. En cualquier caso, siempre se presenta ese control como una actuación judicial de protección del *rule of law*, ya que el control sobre la normativa del Parlamento siempre se hace dentro de las competencias propias de los jueces del *common law*, que son las de explicar el verdadero significado y extensión de la ley a la luz de la totalidad del derecho aplicable.²⁹³ En cualquier caso, el Parlamento siempre puede corregir una jurisprudencia aprobando una ley más específica que reduzca casi por completo el margen de control de los jueces.

Contra este poder final del Parlamento, y como "excusa" para el *judicial review*, sólo quedaría la tradicional doctrina de que ningún acto soberano puede ser válido si es contrario a los principios fundamentales de la moral o de la ley natural.²⁹⁴ En la tradición del *common law*, esta idea se introduce en la jurisprudencia con las célebre sentencia del *Chief Justice Coke* en 1610, en el *Dr. Bonham's Case*²⁹⁵ asumida

²⁹² DICEY (1982), p. 88.

²⁹³ GOLDSWORTHY, JEFFREY DENYS (1999) p. 11.

²⁹⁴ DICEY (1982) p. 19.

²⁹⁵ *Dr. Bonham's Case*, (1610) 77 Eng. Rep. 646, 652 (K.B.).

posteriormente por Blackstone²⁹⁶ como parte esencial del derecho inglés. Obviamente sigue en pie la objeción lógica al control judicial planteada por Dicey: no hay ninguna base legal ni teórica para pensar que el juicio

En cualquier caso, para que ese dominio del derecho, "*the rule of law*", se mantenga, es preciso que la labor de la judicatura se lleve a cabo en condiciones que permitan asegurar su independencia²⁹⁷ con respecto a las demás ramas del gobierno.²⁹⁸ Y en esta independencia de los jueces confían los británicos desde hace siglos como garantía final de sus libertades.

Tradicionalmente, el cuidado de esta independencia de la judicatura ha dependido de un conjunto de factores variados, y no tanto de un sistema centralizado y orgánico de protección como puedan ser los Consejos de la Magistratura de países como Francia, Italia o España. En el Reino Unido, la independencia de los jueces ha estado muy vinculada siempre al carácter vitalicio de su mandato y a la fijación de sus salarios por el Parlamento, además de a la tradición de que los *Law Lords*, que ejercían la última apelación, estaban apartados del debate político y no utilizaban sus poderes legislativos. Por otro lado, se ha mantenido también bastante firme la convención de que ningún miembro del legislativo o del ejecutivo podía criticar las decisiones de los jueces.²⁹⁹

3. 1. 3. Las críticas al sistema

²⁹⁶ BLACKSTONE, WILLIAM (1979) p. 27.

²⁹⁷ BRADLEY, A. W., K. D. EWING y E. C. S. WADE (1997) p. 414.

²⁹⁸ Entre nosotros, la expresión clásica aquí sería la de "poderes del estado". Los británicos suelen reservar el término "estado", ajeno a su tradición política, para cuestiones de derecho internacional público.

²⁹⁹ BRADLEY (1997) pp. 418-425

En las últimas décadas, el sistema descrito ha suscitado crecientes críticas provenientes de la percepción de que la independencia real de los jueces británicos no estaba lo suficientemente asegurada.³⁰⁰ En especial, muchos autores y políticos se han referido a la necesidad de una reforma como consecuencia de la necesidad de cumplir verdaderamente con las exigencias del artículo 6³⁰¹ del Convenio Europeo de Derechos Humanos en lo referido a la independencia judicial.³⁰²

Y el mismo Convenio Europeo planteó también otros problemas judiciales más directamente vinculados con el control constitucional. A partir de 1966, el Reino Unido fue condenado en más de 50 ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre todo en relación con las medidas legales y administrativas utilizadas por el Parlamento y por el Gobierno para enfrentarse al terrorismo en Irlanda del Norte. Como consecuencia, empezó a debatirse la posibilidad de dotar a los jueces británicos del poder de aplicar la normativa internacional incluso para declarar la ilegalidad de actos del Parlamento, lo que roza ya el ámbito del control constitucional. De hecho, los jueces han ido asumiendo cada vez más esas competencias aunque sin dar el paso de invalidar expresamente una norma del Parlamento.

Por otro lado, las dudas sobre la independencia de los jueces no están basadas sólo en la mezcla de la judicatura con el Parlamento en sus niveles más altos sino también en el peculiar sistema de nombramiento de los jueces ordinarios, que dejaba la decisión en manos del *Lord Chancellor* -miembro del Gobierno, como ya se ha

³⁰⁰ FAIRBAIRN, CATHERINE y SALLY BROADBRIDGE (2005)

³⁰¹ El art. 6.1 del Convenio (que sólo tiene versión oficial en inglés y francés) establece que “*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law (...)*” El Consejo de Europa expresó sus dudas con la resolución 1342 del *Standing Committee on Legal Affairs and Human Rights* sobre el *Office of the Lord Chancellor in the Constitutional System of the United Kingdom* (8 September 2003)

³⁰² La incorporación a la Unión Europea también ha afectado de modo importante al principio de soberanía del Parlamento, especialmente como consecuencia de la *Human Rights Act* de 1988.

mencionado- a través de un complejo y opaco sistema de consultas con los jueces ya nombrados.³⁰³ Este sistema, según sus críticos, ha provocado que la judicatura se haya ido convirtiendo en un selecto y exclusivo club formado por abogados de élite con una extracción social y profesional demasiado homogénea y excesivamente desconectada de la realidad social.³⁰⁴ Puede parecer desconcertante desde el punto de vista continental, pero el hecho es que los detalles específicos de este procedimiento de nombramiento eran secretos hasta la reforma de 2005, de manera que muchos candidatos a puestos judiciales no podían saber el motivo por el que habían sido rechazados ya que los jueces consultados por el *Lord Chancellor*, cuyos nombres no se hacían públicos, no estaban obligados a motivar sus vetos.

3. 1. 4. La Constitutional Reform Act de 2005

Como respuesta a estas críticas, el Gobierno adelantó ya en 2003 unas propuestas de reforma en las que se incluía la creación de un Tribunal Supremo del Reino Unido que ostentaría el poder de última apelación que hasta entonces había correspondido al *Appellate Committee of the House of Lords*. La intención expresa de la reforma era “colocar la relación entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial en una posición moderna, que tenga en cuenta las expectativas de la gente sobre la independencia y la transparencia del sistema judicial”³⁰⁵

³⁰³ CONSTITUTIONAL AFFAIRS COMMITTEE, JUDICIAL APPOINTMENTS AND A SUPREME COURT, 2003-4, House of Commons. 48-I, at 44.

³⁰⁴ MAUTE, J. L. (2007) p. 389.

³⁰⁵ (2003) "A Supreme Court for The United Kingdom". Department for Constitutional Affairs & Constitutional Reform. Consultation Paper 11/03. p. 10.

Ahora bien, el Gobierno quiso dejar muy claro en su propuesta que no se pretendía, en contra de lo que algunos solicitaban,³⁰⁶ introducir en el sistema británico algo parecido al "*judicial review*" del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Así, según el *Department of Constitutional Affairs*, "Un Tribunal Supremo siguiendo las líneas del modelo norteamericano sería apartarse de las tradiciones constitucionales británicas. En nuestra democracia, el Parlamento es supremo. No hay un cuerpo separado de derecho constitucional que tenga precedencia sobre el resto del derecho. La constitución está compuesta por todo el conjunto de las leyes, usos y costumbres, y todo ello puede ser enmendado o derogado por el Parlamento. Ni la pertenencia a la Unión Europea, ni la descentralización ni la *Human Rights Act* han cambiado esta posición fundamental"³⁰⁷.

Pero no toda la doctrina está conforme con esta interpretación del Gobierno sobre los efectos de su propia legislación. Algunos creen³⁰⁸ que las reformas incluidas en la ley sí que suponen un paso hacia la configuración futura de un verdadero *judicial review* y la consiguiente erosión del principio de soberanía del Parlamento. En general, la mayor parte de la doctrina inglesa parecen seguir confiando en la soberanía del Parlamento y en la posición de éste como único y auténtico guardián de los derechos de los británicos. Incluso algunos afirman³⁰⁹ que los tribunales constitucionales del continente (al igual que el Supremo de los EEUU) tienen el perverso efecto de relevar a las cámaras de la obligación de elaborar unas normas adecuadas porque saben que tienen detrás el "paraguas" de un tribunal que podrá corregir los defectos.

³⁰⁶ HYRE, JAMES (2004) p. 468.

³⁰⁷ (2003) "A Supreme Court for..." op. cit. p. 20-21.

³⁰⁸ WEBBER, JEREMY (2004) pp. 55-56.

³⁰⁹ SKOLD, MICHAEL (2006) p. 2180.

Finalmente, la propuesta del Gobierno se concretó finalmente en la aprobación de la *Constitutional Reform Act* de 2005, que se ha llegado a calificar como el "cambio más radical y fundamental de los últimos 300 años"³¹⁰ en el derecho constitucional británico

El cambio más llamativo de los incluidos en la ley fue la transformación del puesto del *Lord Chancellor*, figura en la que -como ya se ha dicho- se fusionaban las prerrogativas de un ministro de justicia, un presidente de tribunal supremo y un presidente de una cámara alta legislativa.³¹¹ La reforma de 2005 le despoja de la mayor parte de sus competencias. Por lo que se refiere al objeto del presente trabajo, esta alteración tiene una gran importancia por sus consecuencias en el modo de ser seleccionados los jueces, lo que incluye la selección de los jueces que pasarán a formar parte del nuevo Tribunal Supremo que también es creado por la ley y del que se hablará posteriormente. Tras la reforma, las funciones ministeriales o ejecutivas del *Lord Chancellor* pasan al Secretario de Estado de Asuntos Constitucionales, que no administra justicia como miembro de ningún tribunal. Sus funciones como *Speaker de la House of Lords* pasan al nuevo *Speaker* de la cámara, elegido como sus propios miembros decidan. Y sus funciones de cabeza de la organización judicial pasan al *Lord Chief Justice*, que preside y representa a todos los tribunales (*courts*) de Inglaterra y Gales.

En cuanto al poder de nominar a los jueces, también éste se traslada al Secretario de Estado de Asuntos Constitucionales, que actuará asistido por una comisión

³¹⁰ FITZGERALD, PETER L. (2004) pp. 233, 267.

³¹¹ Así, el *Lord High Chancellor and Keeper of the Great Seal of the Realm* -ése es su título completo- era el *Speaker de la House of Lords*, el Presidente del *Appellate Committee of the House of Lords* y el Ministro de Justicia encargado de nombrar a todos los jueces, entre otras muchas otras competencias dispersas acumuladas por razones históricas desde hace más de diez siglos.

independiente a la que la ley encarga un proceso de selección que se base únicamente en el mérito. En general, parece que este cambio ha sido acogido positivamente por la doctrina como un medio eficaz para cambiar la negativa percepción social sobre la independencia y la responsabilidad social de la judicatura.³¹²

La ley crea la nueva *Judicial Appointments Commission*,³¹³ un organismo encargado de llenar las vacantes judiciales en todo Inglaterra y Gales. Las plazas disponibles se hacen públicas con sus requisitos y retribuciones y cualquier candidato puede presentar su solicitud y someterse al procedimiento establecido para cada puesto. La Comisión está compuesta por 15 miembros propuestos por el *Lord Chancellor* a través de unos panels de cuatro personas seleccionados por medio de un acuerdo entre éste y el *Lord Chief of Justice* en las condiciones señaladas por la ley.³¹⁴ Los comisionados deben pertenecer a las siguientes categorías:

- Un Presidente no jurista (*lay*)
- 5 Jueces de diversas categorías especificadas en la ley.
- 2 Abogados ejercientes.
- 5 miembros no juristas (*lay*)
- 1 Juez de Paz.
- 1 miembro de un *Legal Tribunal*³¹⁵

³¹² MALLESON, KATE (2006) pp. 39, 51.

³¹³ Constitutional Reform Act (2005), Secc. 31.

³¹⁴ Constitutional Reform Act (2005) Schedule 12.

³¹⁵ Además de los “*courtrooms*” en los que tienen sus sedes los *Judges*, en el Reino Unido existen multitud de “*Tribunals*” con diversas jurisdicciones especializadas de muy variada importancia. En algunos casos los miembros de esos tribunales tienen cualificaciones “legales” y en otros no.

3. 1. 5. El Tribunal Supremo del Reino Unido. La elección de los *Justices*

Como ya se ha adelantado, la novedad más relevante en lo referente a la cúpula de la organización judicial -a la que corresponde el *judicial review* en tanto se considere que existe- es la creación por primera vez de un Tribunal Supremo del Reino Unido en la Sección 23 de la *Constitutional Reform Act*.

Ese nuevo Tribunal se compone de 12 miembros, llamados *Justices of the Supreme Court*, encabezados por un *President* y un *Deputy President*. Según disponía la ley, en el momento de entrada en vigor de ésta los 12 *Justices* serían los 12 *Law Lords* que en ese momento eran -dentro de la *House of Lords*- la última instancia de apelación en el Reino Unido.

Como ya se ha dicho, la ley manifiesta de modo expreso que la creación del Tribunal Supremo -y en general toda la reforma- no suponen ninguna alteración en el principio constitucional del "*rule of law*"³¹⁶. Pero también hemos recogido aquí las dudas de buena parte de la doctrina sobre lo que en realidad pueda significar exactamente esta frase, que tampoco es desarrollada por la norma de un modo más específico. Así que aún quedará margen para discutir si el modo en el que los Jueces del nuevo Tribunal Supremo deberán interpretar las normas del Parlamento para aclarar su verdadero significado puede o no considerarse un auténtico control de constitucionalidad.

³¹⁶ Constitutional Reform Act (2005) 1: "*This Act does not adversely affect: (a) the existing constitutional principle of the rule of law*".

En cualquier caso, el procedimiento de selección de los jueces (regulado en la Sección 27) se aparta aquí del sistema general previsto en la reforma para el resto de jueces de Inglaterra y Gales, que como ya se ha dicho pasan a depender de la *Judicial Appointments Commission* creada también por la reforma.

Así, el nombramiento de los *Justices* del Tribunal Supremo sigue correspondiendo a la Reina a propuesta del Primer Ministro, como sucedía como los *Law Lords*. Pero ahora esa recomendación a la Reina viene precedida de un elaborado proceso de selección conducido por un comité *ad hoc* de cinco miembros compuesto por el Presidente y el Vicepresidente del propio Tribunal Supremo y un representante de cada uno de las tres Comisiones de nombramientos de jueces de Inglaterra y Gales, de Escocia y de Irlanda del Norte. El proceso incluye también consultas obligatorias con los jueces de más alto rango y con el *Lord Chancellor*. Una vez tomada la decisión de proponer a un candidato, es el *Lord Chancellor* quien decide sobre el siguiente paso. Puede trasladar el nombre al Primer Ministro para que éste lo proponga a la Reina, puede rechazar al candidato por considerarlo inadecuado para el puesto o puede pedir a la Comisión que reconsidere la propuesta por entender que hay algunos elementos de importancia que no han sido suficientemente aclarados.

Si la respuesta es de rechazo, la Comisión no puede proponer de nuevo el mismo nombre, cosa que sí puede suceder si sólo pide la reconsideración del nombramiento. Por su parte, el Lord Chancellor sólo puede negarse una vez a aceptar un candidato para una vacante específica, y también tiene una sola oportunidad para pedir la reconsideración de una propuesta.

En cuanto a la duración de su mandato, se mantiene el régimen tradicional que ya estaba vigente para los *Law Lords* y para el resto de los jueces de Inglaterra y Gales.

El cargo es vitalicio mientras se mantenga el "buen comportamiento" (*good behaviour*) Para remover a un *Justice* de su cargo por quiebra de esta conducta será necesaria la solicitud en ese sentido por parte de las dos cámaras del Parlamento (Sección 33) Los Jueces pueden también retirarse o dimitir y está previsto un procedimiento para el caso de que sea necesario declarar la incapacidad de uno de ellos por un grave motivo de salud que le impida incluso presentar su dimisión voluntaria (Sección 36).

En cuanto a la jurisdicción del Tribunal, se establece que es la misma que detentaban los *Law Lords* con la añadidura de la competencia sobre "*devolution*" que detentaba el *Judicial Committee of the Privy Council*. La expresión "*devolution*" se utiliza en el derecho británico para referirse a la cesión de competencias de autogobierno a partes del territorio del Reino Unido (Irlanda del Norte, Escocia) con un alcance que podría considerarse más allá de la mera descentralización pero sin llegar a la federalización del poder.

3. 1. 6. Observaciones sobre la elección de jueces del Tribunal Supremo del Reino Unido.

Como conclusión de este somero análisis de la importante reforma constitucional de 2005, y por lo que se refiere al objeto de este trabajo, puede afirmarse que el procedimiento de elección de jueces "constitucionales" -en el limitado sentido al que ya hemos hecho referencia- en el Reino Unido presenta importantes peculiaridades con respecto al sistema norteamericano y a la mayoría de los modelos continentales.

La principal diferencia es que el Parlamento no tiene un papel importante en esta selección, y los nombramientos no son debatidos en las cámaras. Los candidatos son elegidos tras un complejo proceso de negociación entre una comisión de jueces y el Gobierno. Y el procedimiento, aunque más transparente para la opinión pública que el anterior a 2005, sigue estando fuera del alcance del debate político y periodístico ya que está sometido a unos requisitos detallados de elegibilidad y procedimiento que reducen mucho las posibles candidaturas y los matices políticos que puedan presentar los nombres propuestos.

Obviamente, este sistema de elección confirma la idea de que los jueces del Supremo son intérpretes ordinarios del derecho -aunque los últimos- sin capacidad para realizar un verdadero control de constitucionalidad o judicial *review*. Pero es muy significativo que la motivación expresa de la reforma haya sido hacer más controlable y transparente el proceso de selección y reforzar la independencia de los jueces.

Como han señalado los autores ya citados, este refuerzo del control y de la independencia podría muy bien interpretarse como una búsqueda de mayor legitimidad democrática para unos jueces que en el futuro podrían acabar ejerciendo de un modo claro poderes de verdadero control constitucional.

3. 2. ALEMANIA

3. 2. 1. Introducción

A diferencia del caso británico, no es necesario reflexionar sobre el poder de control de constitucionalidad concedido al Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Siguiendo el esquema clásico de los sistemas concentrados de control de constitucionalidad la Ley Fundamental de Bonn otorgó al *Bundesverfassungsrichter* las siguientes competencias (art. 93.1):

1. sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otras partes investidas de derechos propios por la presente Ley Fundamental, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo;

2. en caso de controversias o dudas relativas a la compatibilidad formal y material de la normativa federal o de los Länder con la presente Ley Fundamental, o la compatibilidad del derecho de los Länder con otras normas del Derecho federal, a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un Land o de un tercio de los miembros del Bundestag;

2a. en caso de controversias sobre si una ley se adecúa a los requisitos del artículo 72, apartado 2, a petición del Bundesrat, del Gobierno de un Land o de la Asamblea legislativa de un Land;

3. en caso de controversias sobre los derechos y deberes de la Federación y de los Länder, especialmente en lo que concierne a la ejecución del Derecho federal por los Länder y al ejercicio del control federal;

4. en otras controversias de Derecho público entre la Federación y los Länder, entre los Länder o dentro de un Land, siempre que no esté abierta otra vía judicial;

4a. sobre los recursos de amparo que pueden ser interpuestos por toda persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en los artículos 20, apartado 4, 33, 38, 101, 103 y 104;

4b. sobre los recursos de amparo interpuestos por municipios y mancomunidades de municipios por violación a través de una ley, del derecho de autonomía municipal establecido en el artículo 28, exceptuándose, sin embargo, aquellos casos de violación por leyes de los Länder en los que quepa recurso ante la Corte Constitucional del respectivo Land;

5. en los demás casos previstos en la presente Ley Fundamental.

Pero sobre la elección de los miembros de esta Corte Constitucional el texto constitucional es muy conciso y sólo señala que el nombramiento corresponderá a las cámaras, sin especificar el procedimiento ni las mayorías necesarias (art. 94.1):

La Corte Constitucional Federal se compone de magistrados federales y de otros miembros. Los miembros de la Corte Constitucional Federal serán elegidos por mitades por el Bundestag y por el Bundesrat. No podrán pertenecer ni al Bundestag ni al Bundesrat ni al Gobierno Federal ni a los órganos correspondientes de un Land.

Así pues, los requisitos para ser nombrado y el procedimiento de elección fueron regulados en la Ley Orgánica de la Corte Constitucional Federal (BVerfGG)

3. 2. 2. La elección de los jueces

Las condiciones necesarias para poder ser elegido miembro de la Corte vienen recogidas en los §§ 3 y 2,3 y son bastante sencillos: haber cumplido los cuarenta años de edad, lo más tarde en el momento de la designación; ser elegibles como diputados en el Bundestag según lo dispuesto en la Constitución; declaración por escrito de estar dispuesto a aceptar la función de magistrado, y, finalmente, la capacidad para ser juez según lo dispuesto en las leyes jurisdiccionales.

Inicialmente, en la Ley Orgánica de 1951 establecía que «todos los jueces se distinguirán por conocimientos especiales en el Derecho público y deberán poseer experiencia de la vida pública». Ese requisito fue posteriormente eliminado con las reformas de las leyes generales sobre el acceso a la magistratura.

No obstante, el citado art. 94 de la Ley Fundamental especifica que los magistrados que integran la Corte Constitucional (que además se compone de otros miembros de procedencia no judicial) deberán ser elegidos de entre los magistrados federales, que son los miembros de los Tribunales Superiores Federales, lo que implica que los requisitos exigibles a éstos conforman también el perfil de los magistrados constitucionales.

Los 16 magistrados son nombrados para un período de 12 años, no pueden ser reelegidos y deben retirarse obligatoriamente a los 68 años de edad (art. 4. 1 de la Ley Orgánica)

El Tribunal está dividido en dos Salas encargadas de asuntos diferentes, y los jueces son elegidos específicamente para una de ellas no pudiendo cambiar posteriormente de Sala cuando se hayan incorporado a la Corte. Inicialmente ni siquiera podían sustituirse los Jueces unos a otros, aunque una reforma de 1985 ha flexibilizado la norma permitiendo sustituciones y dando al Pleno el poder de alterar la competencia de las respectivas Salas para paliar los graves desequilibrios que venían produciéndose en cuanto a la carga de trabajo.

Cuando se produce una vacante o hay que proceder a una renovación, el procedimiento de selección comienza con la elaboración de unas listas por parte del Ministerio Federal de Justicia en las que figuran los nombres de los candidatos que cumplen con los requisitos exigidos por la Ley Orgánica. Una lista incluye a los jueces

federales y la otra a los candidatos propuestos por un grupo parlamentario del Bundestag, por el Gobierno Federal o por un Gobierno regional como idóneos para el puesto vacante. Las listas deben ser puestas a disposición de los presidentes de las Cámaras al menos una semana antes de la fecha que se haya fijado para realizar la elección (art. 8)

De hecho, las Cámaras no están obligadas a elegir a las personas que figuran en esas listas y de hecho se han apartado de ellas en varias ocasiones, lo que ha convertido este punto en un requisito formal del procedimiento.

A) La elección en el *Bundestag*

El art. 94 de la Ley Fundamental parece referirse a la elección en las dos Cámaras como directa,³¹⁷ sin embargo la norma orgánica de desarrollo ha optado por una elección indirecta. Dicha regulación no fue impugnada y la doctrina alemana³¹⁸ suele considerar que el propio Tribunal ha confirmado indirectamente la validez de dicho procedimiento en algunos autos en los que pasó por encima de la cuestión a pesar de que podría haberla planteado.

Así, según el art. 6 de la Ley Orgánica el Bundestag elige doce compromisarios, y se utiliza un sistema proporcional para resolver la elección. Cada grupo parlamentario tiene derecho a presentar una lista de candidatos, siendo posible presentar listas conjuntas entre varios grupos. Cada diputado puede votar sólo por una lista, no pudiendo tachar o anular ninguna candidatura específica. Una vez contabilizados los votos se utiliza el sistema D'Hondt para asignar los 12 compromisarios. El mandato de estos compromisarios se prolonga durante todo el período de sesiones. Además, se trata

³¹⁷ EICHBORN, JOHANN-FRIEDRICH VON (1969) p. 11.

³¹⁸ GECK, WILHELM K. (1988) p. 5.

de un verdadero mandato representativo ya que no están sometidos a las indicaciones que puedan hacerles los grupos parlamentarios que les incluyeron en las listas. Sus reuniones de trabajo son convocadas por el compromisario de mayor antigüedad que es también quien dirige las sesiones, que son secretas y se prolongan hasta que tenga lugar la elección del nuevo juez constitucional. Para ser elegido magistrado se necesitan por lo menos ocho votos (dos tercios, por tanto, del total de 12 compromisarios)

B) La elección en el *Bundesrat*

En este caso, la elección se verifica de modo directo y sin compromisarios. El Pleno del *Bundesrat* elige a los jueces de la Corte habitualmente a propuesta de una Comisión creada dentro de la propia cámara en la que deben estar presentes miembros de todos los *Länder*.

La mayoría requerida para el nombramiento es también de dos tercios.

3. 2. 3. Los retrasos en los nombramientos

Conviene señalar que el sistema presentó un problema importante desde el principio: la falta de acuerdo político en las cámaras podía provocar un importante retraso en los nombramientos. Y ese peligro sería mayor cuando fuera fácil prever que un asunto especialmente conflictivo iba a ser regulado próximamente y a continuación se habría de producir una impugnación que dejaría la decisión en manos de la Corte.

Así sucedió en 1952. Era previsible una decisión del Tribunal sobre el papel del Ejército alemán y no fue posible alcanzar un acuerdo sobre la renovación del Tribunal,

que no se completó hasta 1954 entre grandes críticas de la opinión pública y de los propios miembros de la Corte Constitucional.

Como consecuencia de ese bloqueo, el Gobierno propuso una reforma en 1956 en la que se establecería que en el acaso de no alcanzarse un acuerdo en el grupo de compromisarios sobre la elección de un magistrado, la segunda vez que la candidatura se propusiera bastaría la mayoría simple elegir al candidato. Esta modificación fue duramente combatida en el debate parlamentario. Sus críticos alegaban que se corría el riesgo de que fuera demasiado sencillo que las mayorías de cada momento impusieran sus candidatos sin consenso de manera que los jueces quedaran marcados políticamente durante el resto de su mandato. Finalmente, la reforma no alcanzó la mayoría suficiente en el Bundestag.³¹⁹

Finalmente, se modificó el art. 7 de la Ley Orgánica en el sentido de que a los dos meses de que haya finalizado el mandato de un juez sin que se haya elegido un sucesor, si lo solicitan el más antiguo de los compromisarios o el Presidente del *Bundesrat* la Corte Constitucional puede proponer nombres para cubrir las vacantes.

De hecho, la práctica política desde entonces ha ido decantando un sistema de reparto entre los dos grandes partidos (CDU/CSU y SPD), que se reparten alternativamente la presidencia y la vicepresidencia. Con respecto al resto de los puestos, cada partido respeta el derecho del otro a nombrar a un candidato próximo a sus postulados ideológicos cuando se trata de llenar una vacante que en su día había correspondido ya a ese mismo partido. Sólo excepcionalmente los dos partidos se ponen de acuerdo en el nombramiento de jueces "no alineados" a los que sólo se elige por su

³¹⁹ GECK (1988) p. 182.

competencia profesional. La doctrina suele aceptar que³²⁰ en las últimas décadas, sólo una cuarta parte de los magistrados elegidos corresponden a este sector "neutral" siendo todos los demás juristas de confianza de los respectivos partidos. En ocasiones el tercer partido, habitualmente el minoritario FDP, puede "obtener" uno de los puestos que le cede el partido mayoritario al que ha sumado sus escaños para que éste pueda formar Gobierno.

Como puede suponerse, la doctrina³²¹ ha criticado con dureza y con bastante continuidad el reparto político de los puestos de la Corte Constitucional, que se ha mantenido sin interrupción desde la promulgación de la Ley Orgánica. También ha sido frecuente que muchos miembros de la propia Corte alzarán públicamente la voz contra esta situación.³²² Aunque también se ha señalado que al menos el hecho de que los nombramientos se discutan en un ámbito más reducido -en el caso del Bundestag- por medio de unos compromisarios que son habitualmente juristas de prestigio permite mantener la calidad técnica de los jueces aunque no impida a los partidos asegurarse de que se trata de candidatos "seguros" desde el punto de vista ideológico.

3. 2. 4. Observaciones finales

Como ya se ha adelantado, en Alemania no hay una discusión real sobre la legitimidad de la Corte Constitucional para ejercer su poder de control. Éste es un poder abierta y expresamente concedido en la Constitución y que es considerado por la

³²⁰ KRÖGER, KLAUS (1976) p. 94.

³²¹ SCHRAM (1973) pp. 695-697.

³²² GECK (1988) p. 188.

doctrina y por la población alemana como una adecuada garantía de la protección de los derechos de los individuos y de las comunidades.

Pero sí hay una interesante discusión sobre el alcance de dicho control y sobre el perfil de los jueces que deben llevarlo a cabo. Siguiendo el esquema kelseniano clásico, la Corte no es estrictamente un tribunal que forme parte de la organización judicial ordinaria. Es un tribunal especial, que podría calificarse de "político" en el sentido de que no está integrado sólo por magistrados profesionales y porque su designación corre a cargo de las cámaras, que pueden así influir de una manera importante en la configuración y desarrollo de ese control. El hecho de que el mandato de los jueces sea limitado -aunque largo- también refuerza el poder de control que ejerce el legislador sobre la Corte.

De hecho, puede percibirse en la críticas doctrinales a la ocupación que los partidos hacen de la Corte una cierta desesperanza con respecto a la posibilidad de que las cosas puedan suceder alguna vez de un modo distinto.

Por otra parte, sí que hay un debate importante sobre la legitimidad del Tribunal cuando éste enjuicia normas del legislador utilizando principios constitucionales o preceptos de la Ley Fundamental que no fueron claramente cerrados por el constituyente. Como en todos los sistemas de control constitucional, se plantea aquí la cuestión o el problema "contramayoritario", cuando la Corte impide que se desarrolle una legislación impulsada por el partido que representa a la mayoría de la población y ese obstáculo parece tener una base relativamente débil o poco expresa en el texto constitucional.

Es entonces cuando puede entenderse que el propio sistema quiera mantener una conexión directa entre las cámaras y los jueces de la Corte Constitucional, por lo que

esto puede suponer de refuerzo de la legitimación del tribunal. Y como hemos visto, algo de esto sucede también con la Corte Constitucional Federal.

3.3. ITALIA

3.3.1. Introducción

La Corte Constitucional de Italia, a semejanza de la corte alemana, es un tribunal constitucional clásico en el sentido kelseniano de la palabra. Su incorporación al ordenamiento jurídico se produjo con la aprobación de la Constitución de 1948, en cuyo Título VI, que lleva la rúbrica de "*garanzie costituzionale*", se incluyó la regulación de la Corte.

A la Corte le fueron encomendadas diversas funciones, pero la razón esencial de su creación fue la de introducir en Italia un verdadero control de constitucionalidad de las leyes,³²³ regulado en el art. 134 de la Constitución, según el cual corresponde resolver a la Corte "sobre las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las regiones".

Así pues y como en el caso alemán -y a diferencia del Reino Unido- no hay ninguna duda sobre la legitimación de la Corte para realizar las labores de un legislador

³²³ PIZZORUSSO, ALESSANDRO (1983) p. 87.

negativo que puede eliminar del ordenamiento una ley aprobada por el parlamento por entenderla contraria al texto constitucional.

Además de esta función principal, le corresponde también resolver los conflictos de atribuciones entre el Estado y las regiones y el enjuiciamiento del Presidente de la República.

Algunos autores han señalado que con la creación de un órgano dotado de estas capacidades, lo que persiguieron los constituyentes italianos no fue tanto "depurar" la legislación desde el punto de vista del criterio de la validez kelseniana si no fortalecer políticamente el equilibrio de poderes colocando un nuevo elemento de "*check and balance*" que pudiera oponerse a la omnipotencia del Parlamento y a la consiguiente dictadura de las mayorías. Estas aspiraciones serían también consecuencia, como en Alemania, de los excesos de la época fascista. También hay quien ha entendido³²⁴ que en realidad Kelsen mismo planteó su esquema de control de constitucionalidad como una racionalización del *judicial review* norteamericano pero con las mismas aspiraciones de equilibrio político.

3. 3. 3. La elección de los magistrados de la Corte Costituzionale

Sobre la elección de los Magistrados, el art. 135 de la Constitución dispone lo siguiente:

³²⁴ RODRÍGUEZ-ZAPATA, JORGE (1980) p. 64. Se recogen en ese punto citas diversas de LA PERGOLA y CRISAFULLI en apoyo de esta posición.

El Tribunal Constitucional estará compuesto por quince magistrados, un tercio de los cuales será nombrado por el Presidente de la República, otro tercio por el Parlamento, en sesión conjunta, y el tercio restante por las supremas magistraturas ordinaria y administrativas.

Los magistrados del Tribunal Constitucional serán elegidos de entre los magistrados, incluidos los jubilados, pertenecientes a las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativas, los Catedráticos de Universidad en disciplinas jurídicas y los abogados con veinte años de ejercicio.

Los magistrados del Tribunal Constitucional serán nombrados por nueve años que empezarán a contabilizarse, para cada uno de ellos, desde el día del juramento, sin que puedan ser nuevamente designados.

Cuando expire su mandato, cada magistrado constitucional cesará en el cargo y en el ejercicio de sus funciones.

El Tribunal elegirá, de entre sus componentes y con arreglo a lo dispuesto por la ley, a su Presidente, que permanecerá en el cargo por un trienio y que podrá ser reelegido, sin perjuicio de la expiración del cargo de juez.

El cargo de magistrado será incompatible con el de miembro del Parlamento o de un Consejo Regional, con el ejercicio de la profesión de abogado y con cualquier cargo o puesto que la ley determine.

En los juicios de acusación contra el Presidente de la República intervendrán, además de los vocales ordinarios del Tribunal, dieciséis miembros elegidos a suertes por un colegio de ciudadanos que reúnan los requisitos para ser elegido como senador y que el Parlamento elegirá, cada nueve años, siguiendo los mismos trámites establecidos para el nombramiento de los magistrados ordinarios

En los debates constituyentes se formaron tres posturas en torno al modo en que habrían de ser elegidos los magistrados de la nueva Corte. Lógicamente, estas posturas estaban directamente relacionadas con el tipo de control constitucional que cada uno de esos grupos esperaba del nuevo tribunal.³²⁵ Unos preferían nombrar solamente a jueces, otros eran partidarios de integrar la Corte con miembros del Parlamento o representantes directos de éste y otros querían conceder al Presidente de la República la facultad de escoger a los candidatos, derivando este poder del papel genérico de garante de la Constitución del que parecía estar revestido el nuevo cargo de la Presidencia.³²⁶ Conviene destacar que estas diferencias no fueron solamente discrepancias intelectuales o doctrinales de aquel momento, ya que el Tribunal no se constituiría por primera vez hasta 1955, a pesar de haber sido establecido en una Constitución que entró en vigor en enero de 1948.

Finalmente, el sistema escogido fue una mezcla de todas las posiciones. Se buscaba conseguir una Corte equilibrada, no completamente desligada de la legitimidad democrática encarnada en el Parlamento pero sí lo suficientemente técnica e independiente como para poder llevar a cabo su función de garante de la Constitución. Algunos autores³²⁷ han entendido que ese mecanismo mixto de designación supuso finalmente una garantía adecuada, equivalente al mandato vitalicio de los jueces del *Supreme Court* norteamericano o al procedimiento indirecto de elección de compromisarios alemán. Y en general, la doctrina considera que ese sistema ha

³²⁵ D'ORAZIO, GIUSTINO (1980)

³²⁶ FESOLE, LUCIANA (2004) Seguimos en este epígrafe las líneas generales del estudio de Fesole.

³²⁷ SACCOMANNO, ALBINO (1997) p. 110 y ss.

garantizado a los magistrados una posición relativamente independiente y equilibrada dentro del sistema constitucional italiano.³²⁸

Nos detendremos a continuación en el procedimiento específico de elección por parte de cada uno de los tres poderes, que no es concretado en el art. 135 de la Constitución.

A) La elección por las supremas magistraturas.

La ley que desarrolla el precepto constitucional (Ley del 11 de marzo 1953, n. 87) dispone (art. 2º) que tres de los cinco jueces de origen jurisdiccional sean designados por la Corte de Casación, uno por el Consejo de Estado y uno por la Corte de Cuentas. Se reparten, por tanto, los puestos entre las magistraturas ordinaria, administrativa y contable. Para que un candidato resulte elegido es necesaria la mayoría absoluta de los votos de los miembros del tribunal. Si no se obtiene esa mayoría, al día siguiente se procede a una segunda elección entre los más votados, en número doble respecto al número de los vacantes que sea necesario cubrir. En esta segunda votación resultarán elegidos quienes obtengan la mayoría relativa. Dado que la ley no especifica más requisitos, los magistrados podrían, en principio, pertenecer a cualquiera de las categorías profesionales indicadas en el artículo 135 de la Constitución (jurisdicciones superiores ordinaria y administrativas). De hecho, se ha consolidado la costumbre de que la elección recaiga siempre en magistrados que forman parte de los propios tribunales que realizan la elección.

La doctrina ha discutido³²⁹ sobre la cuestión de que sólo puedan resultar elegibles los magistrados de los tribunales superiores, lo que no viene exigido por la

³²⁸ D'ORAZIO, G. (1966) p. 160. ZAGREBELSKY, G. (1988) p. 93 y ss.

Constitución. Algunos afirman que esto supone favorecer a la posición políticamente conservadora, puesto que esa sería la ideología mayoritaria entre los magistrados que llegan a los puestos más altos de la carrera judicial. Quienes consideran que esta afirmación no tiene fundamento estadístico, alegan además que los magistrados no van a la Corte a representar políticamente a ningún sector de la sociedad si no a desempeñar una labor de interpretación jurídica para la que no deberían ser indiferentes las posiciones ideológicas.

B) La elección de magistrados por parte de las cámaras

Como sucede en otros países, la selección de miembros de la Corte por parte del Parlamento es la que ha presentado los mayores problemas, siendo el principal de ellos los frecuentes retrasos en los nombramientos debidos a la falta de un acuerdo político entre los grupos parlamentarios.

Se suele considerar que la causa de estos retrasos es el exigente quorum requerido por la ley. El art. 3 establece que en los primeros tres escrutinios es elegido el candidato que obtiene los votos de dos tercios de los miembros de las cámaras, reunidas conjuntamente para la elección. En las siguientes votaciones es suficiente con llegar a los tres quintos.

La práctica que se ha consolidado, como en otros países, es la de repartir los cinco puestos que corresponde nombrar a las cámaras en proporción a la representación que los partidos tienen en el parlamento. Y al igual que en otros lugares, esta inercia ha

³²⁹ ROSSI, E. y S. VUOTO (1997) pp. 354-355.

sido criticada por la doctrina,³³⁰ aunque buena parte de los autores han considerado positiva la exigencia de una mayoría tan fuerte, ya que esto suele provocar que los candidatos con perfiles políticos excesivamente marcados provoquen un rechazo en alguno de los partidos con representación parlamentaria y no sea posible seguir adelante con su candidatura. Como ya se ha señalado, el sistema ha conseguido nombrar, generalmente, a candidatos equilibrados y de prestigio que han actuado con razonable independencia, aunque no se ha conseguido terminar con los retrasos.

Y el problema de los retrasos es grave, porque a diferencia de lo que sucede en otros países -como en España- el art. 135.4 de la Constitución Italiana deja claro que al final de su mandato (9 años) los magistrados cesarán inmediatamente en sus cargos, por lo que no es posible prórroga alguna. Eso obliga al Tribunal a tener que realizar su trabajo -con bastante frecuencia- con número reducido de magistrados.

Como es sabido, en 1993 se reformó el sistema electoral en el sentido de reducir la proporcionalidad, lo que disminuyó el número de partidos políticos presentes en las cámaras. En contra de lo que muchos pensaban, este cambio no ha eliminado los retrasos en los nombramientos, que se han seguido produciendo con cierta regularidad. Para intentar corregir el problema se han propuesto desde entonces varias soluciones, sin que ninguna de ellas haya alcanzado un consenso suficiente. La propuesta más radical ha sido la de conceder al Presidente de la República la facultad de disolver las cámaras si éstas no cumplen con su obligación de llenar las vacantes de la Corte.³³¹

C) La elección de magistrados por el Presidente de la República

³³⁰ NICOTRA GUERRERA, I. (1996) p. 114.

³³¹ FESOLE, LUCIANA (2004) nota 23 recoge la doctrina favorable a esta reforma, que aparece ya en CALAMANDREI (1965) pp. 599-600; y MORTATI (1976) p. 668, nota 1.

Corresponde al Presidente de la República nominar a la tercera parte restante de los miembros de la Corte.

Este poder tiene dos características principales: por un lado, es discrecional. El Presidente no está limitado por ninguna regla específica que reduzca el ámbito de las personas a las que puede nombrar. Por otra parte, le corresponde nombrar jueces después de que lo hayan hecho los Tribunales Superiores y el Parlamento, por lo que la doctrina siempre ha interpretado que su papel es el de equilibrar lo más posible la composición del Tribunal después de que dos partes de sus miembros hayan sido ya nombrados.

Ahora bien, este objetivo del equilibrio resulta muy difícil de concretar. En primer lugar, porque esa elección en último lugar sólo se produjo necesariamente en el momento de integrar por primera vez la Corte. Posteriormente, le corresponde intervenir cuando se produce la vacante de alguno de los jueces a los que en su día nombró el Presidente. Y esas vacantes se producen de modo irregular en función de las jubilaciones por alcanzar la edad máxima, las dimisiones o los fallecimientos. En segundo lugar, tampoco es sencillo saber en qué consiste exactamente el equilibrio. De hecho, la práctica ha ido consolidando la costumbre de que el Presidente designe para la Corte a jueces que no habrían sido propuestos por los partidos políticos mayoritarios que pueden sacar adelante sus nombramientos a través del tercio legislativo. También hay un cierto acuerdo social y doctrinal en reconocer que la Presidencia de la República puede presumir de haber elegido -en general- a la parte mayoritaria de los magistrados más prestigiosos de la Corte.³³²

³³² FESOLE, LUCIANA (2004)

2. 3. 4. La polémica sobre el papel de las Regiones en el nombramiento de los jueces de la Corte a propósito de la reforma constitucional de 2001.

En el año 2001 se aprobó la Ley Constitucional 3 de 18 de octubre, en la que se realizaba una reforma relevante de las relaciones entre el Estado y las Regiones y se aumentaban las competencias de éstas. Como resultado de esta modificación, se inició un cierto debate en torno a la cuestión de si las Regiones deberían tener un papel en la selección de magistrados de la *Corte Costituzionale*, lo que para algunos era imprescindible no sólo por la reforma sino también porque estaba extendida la impresión de que en los conflictos de competencias entre el Estado y las Regiones la Corte tiende a ser favorable al primero en perjuicio de las segundas.

La doctrina, en general, ha criticado estos planteamientos por entender que la Corte no debe representar intereses de ningún tipo, ni ideológicos ni territoriales.³³³ Sin embargo sí se ha considerado con frecuencia razonable que esa presencia de las Regiones se haga notar en la Corte a través de los candidatos propuestos por el Senado, en la medida en que éste ha ido transformando su perfil en los últimos años en un sentido de cámara federal especialmente a través de la reforma de 2007.

3. 3. 5. Observaciones finales sobre la elección de jueces de la *Corte Costituzionale*

³³³ AZZARITI, G. (2000) p. 245.

A la vista de los páginas anteriores, y a pesar de que la legitimidad del poder de control constitucional de la Corte es un punto generalmente pacífico en la doctrina italiana, no puede decirse que el procedimiento de elección de los magistrados sea una cuestión cerrada. La frecuencia de retrasos en los nombramientos y las discusiones sobre el equilibrio político y territorial de los candidatos escogidos siguen poniendo de relieve la complejidad teórica y práctica de la integración de las tribunales de control de constitucionalidad.

Y en general, puede decirse también en el caso italiano que el desarrollo de este proceso puede entenderse dirigido hacia un mayor control democrático del mismo, sin que los defectos del sistema de partidos hayan inclinado la balanza en favor de una Corte integrada de un modo más técnico o menos transparente a la opinión pública para tratar de asegurar una interpretación jurídica estrictamente imparcial y alejada de las luchas políticas.

3. 4. FRANCIA

3. 4. 1. Introducción

La Constitución de la V República, de 1958, instituyó por primera vez en Francia un órgano de control de constitucionalidad. Así se dispone en el art. 61, que recoge las que fueron las competencias de control abstracto del Consejo:

Las leyes orgánicas antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de ser sometidas a referéndum, y los reglamentos

de las Cámaras parlamentarias antes de su aplicación, deberán ser remitidos al Consejo Constitucional, que se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.

Con el mismo fin, el Presidente de la República, el Primer ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores, podrán presentar las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación.

En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. no obstante, a petición del Gobierno, en caso de urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días. En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación.

La tradición del derecho constitucional francés es claramente contraria a la limitación del poder del legislador y por tanto a la creación de una jurisdicción constitucional. Por ese motivo, algunos autores hablaron de³³⁴ la "timidez" con la que el constituyente de 1958 reguló la institución del Consejo Constitucional dotándolo de unas competencias que inicialmente parecían insuficientes para dotar a ese organismo de un verdadero poder de control constitucional.

Muestra de ese apocamiento inicial pueden ser las palabras de Cedie³³⁵ comentando en 1966 la competencia de control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas que se otorgaba al Consejo, afirmando que éste puede: "ya invalidar el texto completo, ya contentarse con invalidar las únicas disposiciones estimadas por él inconstitucionales, a condición por supuesto, de que se puedan separar lógicamente del resto. Hemos de hacer notar que el Consejo no anula normas que hayan entrado en vigor; declara solamente que el texto no es conforme a la Constitución y sólo con

³³⁴ RIVERO, J. (1984) p. 11.

³³⁵ CEDIE, R. y LEONNET J. (1966) p. 81

carácter previo. Pertenece sólo a las autoridades ejecutivas o legislativas (presidente de las Asambleas) deducir las consecuencias jurídicas. En este caso es posible decir que el Consejo Constitucional no tiene el contencioso de la anulación, sino el de la conformidad a la Constitución. Por lo demás, este papel está en armonía con la estricta separación de poderes; no pertenece al Poder Judicial³³⁶ anular las disposiciones que interesan al orden legislativo o ejecutivo".

Es de sobra conocido cómo esta situación cambió radicalmente con la decisión de 16 de julio de 1971, por medio de la cual el Consejo integró en la Constitución francesa -a efectos del canon de constitucionalidad- el breve Preámbulo que la precedía, y por medio de esa referencia, quedaron también incorporados el Preámbulo de la Constitución de 1946 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, textos a los que el Preámbulo de 1958 dice que está vinculado el pueblo francés. De hecho, en esa decisión el Consejo invalida un precepto de la ley impugnada por entenderlo contrario al derecho de asociación.

En el cambio de papel del Consejo tuvo mucha relevancia la salida de la escena política del general De Gaulle en 1968, tras una etapa inicial en la que el Presidente Noël trató de evitar siempre cualquier posible choque con el Presidente de la República, que había concebido al Consejo como un modo de controlar al Parlamento a disposición de la Presidencia³³⁷.

De hecho, las competencias iniciales del Consejo sólo permitían el control abstracto y preventivo cuando éste fuera solicitado por el Presidente de la República, el

³³⁶ Conviene matizar aquí la expresión del autor francés citado recordando que el Consejo Constitucional no forma parte del Poder Judicial.

³³⁷ ACOSTA SÁNCHEZ, J. (1998) p. 314.

del Gobierno o los Presidentes de las Cámaras. Pero el cambio iniciado en 1968 y que había tenido su manifestación más espectacular con la decisión del 71, cristalizó del todo con la reforma de 1974 que añadió el segundo párrafo del actualmente vigente art. 61 para permitir que 60 Diputados o 60 Senadores pudieran instar también ese control previo de constitucionalidad.

Y con respecto a las palabras citadas sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad del Consejo, la cuestión ha sido definitivamente zanjada por la importante Ley de Reforma Constitucional 2008-724 de Mejora de las Instituciones de la V República. Dicha norma ha añadido dos preceptos a la Constitución del 58 en lo referente al Consejo. En el primero de ellos, el art. 61.1, se crea la "cuestión prioritaria de constitucionalidad", que podrá ser planteada por el justiciable cuando, en el transcurso de un procedimiento judicial, una disposición legislativa aplicable vulnere alguno de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Y el segundo de ellos se refiere a los citados efectos de las sentencias del Consejo. Así, según el nuevo art. 62. 2:

Una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61-1 será derogada a partir de la publicación de la resolución del Consejo Constitucional o una fecha posterior fijada en dicha resolución. El Consejo Constitucional determinará las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición puedan ser cuestionados.

De esta forma, ya no cabe dudar sobre la condición de "legislador negativo" del Consejo Constitucional, conforme al diseño clásico de los tribunales kelsenianos.

3. 4. 2. Composición del Consejo Constitucional

Según el art. 56:

El Consejo Constitucional se compone de nueve miembros, cuyo mandato durará nueve años y no será renovable. el Consejo Constitucional se renovará por tercios cada tres años. Tres de sus miembros son nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado. El procedimiento previsto en el último párrafo del artículo 13 será aplicable a dichos nombramientos. Los nombramientos realizados por el Presidente de cada Cámara serán sometidos únicamente al dictamen de la comisión permanente competente de la Cámara correspondiente.

Además de los nueve miembros arriba mencionados, los ex-Presidentes de la República serán miembros vitalicios de pleno derecho del Consejo Constitucional.

El Presidente será nombrado por el Presidente de la República. Tendrá voto de calidad en caso de empate.

Y el último párrafo del artículo 13, el que resulta aplicable a los nombramientos de los miembros del Consejo, establece que:

Una ley orgánica determinará los cargos o funciones, distintos de aquellos mencionados en el apartado tercero, para los que, por razón de su importancia para la garantía de los derechos y libertades o para la vida económica y social de la nación, el poder de nombramiento del Presidente de la República se ejercerá tras informe público

de la comisión permanente competente de cada cámara del Parlamento. El Presidente de la República no podrá proceder al nombramiento cuando la suma de votos negativos en cada comisión represente como mínimo tres quintos de los votos emitidos en ambas comisiones. La ley determinará las comisiones permanentes competentes según los cargos o funciones afectados.

Por tanto, la peculiaridad más específica del nombramiento de los jueces de constitucionalidad en Francia -ahora ya se les puede llamar así- parece ser el establecimiento de una mayoría reforzada negativa o de veto para los candidatos propuestos por el poder legislativo. Así, la candidatura propuesta por cada una de las cámaras podrá salir adelante siempre que no cuente con la oposición de tres quintos de los votos emitidos en las comisiones de cada cámara.

De hecho, el sistema de nombramientos no ha perjudicado la legitimación o el prestigio del Consejo, que ha incrementado progresivamente de un modo claro la frecuencia y la intensidad de su función de control, y ha visto como cada una de las reformas que afectaban a su regulación tenía el efecto de aumentar -a veces espectacularmente- sus competencias.

Pero resulta interesante que como consecuencia de estas ampliaciones de competencias, las críticas más frecuentes a la regulación del art. 56 son las referidas al hecho de que conferir el poder del nombramiento a los Presidentes de las Cámaras puede provocar, en el sistema político francés, que el Consejo esté en algunos momentos integrado casi por completo por personas ideológicamente próximas al Presidente de la República, lo que ya no resulta indiferente cuando el poder de dicho Consejo es cada vez más intenso y empieza a rebasar lo estrictamente jurídico.

4. EL PRECEDENTE DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1931

4. 1. LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1933.

La Constitución republicana de 1931 introdujo por primera vez en nuestra tradición un control jurisdiccional de constitucionalidad, aunque con una gran cantidad de limitaciones que son muy conocidas y han sido ampliamente estudiadas por la doctrina³³⁸. Decía Rubio Llorente³³⁹ que la regulación del Tribunal se hizo con muy escasa fortuna, y que eso se habría debido probablemente a la confusión de los constituyentes sobre la naturaleza de una jurisdicción constitucional³⁴⁰. Esa confusión estaba relacionada con el hecho de que, a pesar de figurar en el proyecto inicial, la cámara alta -un Senado- se había caído del texto constitucional y muchos de los parlamentarios contaban con suplir de alguna manera la falta de esa cámara territorial por medio del Tribunal de Garantías. Por otra parte, la misma idea del control

³³⁸ La reciente y exhaustiva obra de Martín Bassols sobre la jurisprudencia del Tribunal contiene también un amplio estudio introductorio con abundantes referencias doctrinales. BASSOLS COMA, M. (2010) "El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República". Madrid, BOE. Desde un punto de vista más conceptual, es también especialmente interesante el estudio de Rubio Llorente comparando el Tribunal de Garantías con nuestro Tribunal Constitucional: RUBIO LLORENTE, F. (1982) "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional." Revista de Derecho Político n. 16 Invierno 1982-1983. Por centrarse en la composición del Tribunal, es también de especial interés para este trabajo el estudio de FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1998) "El Tribunal de Garantías Constitucionales: la problemática de su composición y del estatuto jurídico de sus miembros" en Revista de Derecho Público (2ª Época), pp. 273-349. Y con un enfoque parecido, el mucho más reciente trabajo de ÁLVAREZ GARCÍA, H. "La naturaleza política del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República Española" en Revista de Derecho Político (UNED) n. 80 enero-abril de 2011 pp. 189-200.

³³⁹ RUBIO LLORENTE, F. (1982) p. 32.

³⁴⁰ Para ilustrar esa confusión suelen citarse las palabras de Jiménez de Asúa, Presidente de la Comisión Parlamentaria que redactó el Proyecto de Constitución, en el discurso de presentación de éste: "Es ahí donde creamos el Tribunal de Garantías Constitucionales, que es parecido, en parte, al de Austria, pero sobre todo, es una síntesis del Tribunal Constitucional de Norteamérica, del juicio de Amparo de Méjico y del de Conflictos de Francia"

constitucional era bastante contraria a los principios ideológicos de los políticos republicanos más importantes. En efecto, el principio de la democracia rousseauiana deriva de modo natural en el jacobinismo radical, para el que no puede haber un límite a la acción del legislador cuando éste representa la voluntad popular. De hecho en el primer Proyecto, el Tribunal sólo tenía el poder de denunciar la inconstitucionalidad de la ley ante el Parlamento (art. 118), siendo éste el que decidiría mantenerla en vigor, derogarla o someterla a referendium. En el debate en el pleno de la Cámara se eliminaría este precepto y se incluiría en el nuevo art. 121 un verdadero control de constitucionalidad de las leyes.³⁴¹ Afirmar también Rubio Llorente³⁴² que la explicación más razonable de que la República incorporara un mecanismo de control jurisdiccional de la Constitución es el deseo de emular la admirada Constitución de Austria inspirada por Kelsen, en la que se había incluido el célebre Tribunal Constitucional que serviría de modelo para muchos otros países en el futuro. A eso habría que sumar la necesidad de un organismo que resolviera las tensiones territoriales que necesariamente habrían de surgir cuando las regiones fueran aprobando sus estatutos de autonomía. De hecho también se propuso en los debates la solución de crear dos organismos políticos que asumieran las dos tareas que todo el mundo consideraba necesarias -solución de conflictos territoriales y enjuiciamiento de altos cargos políticos y judiciales- sin crear ningún tipo de control de constitucionalidad³⁴³ También influyó en la confusión final el

³⁴¹ Resulta de especial interés en ese sentido la intervención de Jiménez de Asúa en los debates de la ley del Tribunal en 1933 contestando a la pregunta planteada por Sánchez Román sobre el alcance del control de constitucionalidad: “Yo quisiera en este punto dar alguna explicación a mi querido amigo don Felipe Sánchez Román a propósito de aquel discurso que él citara. No debe olvidarse, en todo problema que se relacione con la Constitución, que entonces fuimos nosotros acuciados, no sólo por las gentes, sino por los propios parlamentarios, para que diéramos cima a la Constitución, que se hizo, como yo subrayé entonces, en un plazo inusitado, desconocido en los Parlamentos de Europa, en sólo veinte días, Y ahora no somos nosotros, sino muchos otros, los que lo lamentan. Pues bien, en aquel momento, en que se vivía en una embriaguez liberal, se pensó que el Parlamento, la más directa expresión de la democracia, no debía ser sojuzgado por Poder alguno, por Tribunal alguno. Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 1931-1933, p. 13114, citado en BASSOLS, M. (2010) p. 43.

³⁴² BASSOLS, M. (2010) p. 33.

³⁴³ BASSOLS, M. (2010), p. 45. La propuesta obtuvo el respaldo de casi la mitad de la cámara,

hecho de que las Cortes hubieran tenido que debatir problemas muchos más complejos - especialmente los relativos a las cuestiones territoriales y religiosas- de forma que otros puntos del texto constitucional se trabajaron con menos tiempo y energía³⁴⁴.

En los debates se discutió con calor sobre la composición del Tribunal, hasta el punto de que en un momento dado pareció que prevalecería la opinión de dejar que la cuestión fuera resuelta posteriormente por la ley propia que desarrollaría la actividad de la corte. Es probable que las enmiendas que se presentaron en ese sentido, como la del diputado radical-socialista Eduardo Ortega y Gasset, reflejaran más bien disconformidad con la composición del Tribunal del Anteproyecto pero sin decidirse por una alternativa clara.³⁴⁵

Finalmente, ante el temor de que un Tribunal tan indefinido naciera ya herido de muerte³⁴⁶ se optó por un modelo específico y con un criterio predominantemente político, con lo que el texto final se alejaba del Anteproyecto elaborado por la Comisión Jurídica Asesora³⁴⁷.

El artículo 122 de la Constitución estableció finalmente lo siguiente:

“Compondrán este Tribunal:

- Un presidente designado por el Parlamento, sea o no Diputado.

lo que indica el grado de división sobre la necesidad y la naturaleza de un control de constitucionalidad.

³⁴⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1998), p. 282.

³⁴⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1998), p. 282.

³⁴⁶ BASSOLS, M (2010), p. 47.

³⁴⁷ De hecho, se presentarían incluso propuestas de creación de un órgano de defensa de la Constitución explícitamente político. El diputado de Esquerra Xirau Palau planteó, por ejemplo, la creación de un “Consejo de la República” elegido por las asambleas legislativas de las regiones autónomas. Y el diputado de Acción Republicana Gabriel Franco López propuso un “Consejo Nacional” compuesto por ciudadanos elegidos directamente por sufragio popular, directo y secreto. FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1998), p. 284.

- El presidente del alto Cuerpo consultivo de la República a que se refiere el art. 93.
- El presidente del Tribunal de Cuentas de la República.
- Dos Diputados libremente elegidos por las Cortes.
- Un representante por cada una de las Regiones españolas, elegido en la forma que determine la ley.
- Dos miembros nombrados efectivamente por todos los Colegios de Abogados de la República.
- Cuatro profesores de la Facultad de Derecho, designados por el mismo procedimiento entre todas las de España”.

El Presidente del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas eran los únicos vocales natos con un perfil claramente jurídico. Para el resto de los vocales -incluido el Presidente, elegido directamente por el Parlamento- no se exigía la condición de jurista, aunque dos eran elegidos por los Colegios de Abogados y cuatro por las Facultades de Derecho. De hecho los dos primeros elegidos por los Colegios fueron José Calvo Sotelo y César Silió, políticos monárquicos mucho más conocidos por su hostilidad a la República que por su labor forense. Ese carácter del Tribunal quedaba aún más marcado por el hecho de que cada región del país designaba también un vocal por medio de los concejales de los Ayuntamientos, sin que dichos vocales tuvieran que ser técnicos en Derecho.

El art. 122 también había recogido una enmienda importante sobre el texto inicial de la Comisión Parlamentaria Constitucional, en cuya propuesta figuraban el Presidente y dos Magistrados del Tribunal Supremo como miembros del Tribunal de

Garantías. La enmienda -que excluía a los anteriores del Tribunal-fue presentada por el Ministro de Justicia, Fernando de los Ríos, y se justificó aludiendo a la necesidad de que un Tribunal que tendría que conocer sobre la responsabilidad del Presidente y los Magistrados del Tribunal Supremo no podía integrar a éstos en su composición. Para sustituirles, De los Ríos propuso un Presidente elegido por el Parlamento y cuatro profesores de las Facultades de Derecho, propuesta que se incorporaría al texto del 122³⁴⁸ Es interesante notar, por tanto, que esta reducción del perfil jurisdiccional del Tribunal fue aprobada por un motivo que nada tenía que ver con el debate sobre la naturaleza de éste.

También resultó complicado saber qué significaba exactamente la previsión del art. 124 de la Constitución, según el cual:

“Una ley orgánica especial, votada por estas Cortes, establecerá las inmunidades y prerrogativas de los miembros del Tribunal y la extensión y efectos de los recursos a que se refiere el artículo 121”

El problema era saber en qué consistía esa “ley orgánica especial” a la que se refería el precepto, dado que dicha categoría legal no quedaba claramente definida en la propia Constitución. La cuestión suscitaría posteriormente un encendido debate³⁴⁹.

El modelo final de composición del Tribunal diseñado por el 122, por las confusas y contradictorias razones que se acaban de repasar con rapidez, fue ya fuertemente criticado en la época por la doctrina y no ha mejorado desde entonces su

³⁴⁸ Diario de las Cortes Constituyentes, 1931-1933, pp. 2672-2673.

³⁴⁹ Puede servir de ejemplo la intervención del Diputado Elola que comenzó con un largo discurso el primer turno de enmienda a la totalidad de la Ley y que dedicó una parte extensa a la cuestión del rango de la Ley del Tribunal. Sus palabras encontraron eco en las contestaciones de Recasens Siches y Sánchez Román, que también se refirieron a la cuestión (Diario de las Cortes Constituyentes, núm. 340 pp. 12939-12948)

valoración. De hecho, todos los autores modernos a los que venimos siguiendo en esta exposición se han pronunciado negativamente sobre este punto de la constitución republicana. En general, se considera que el Tribunal queda conformado como un órgano excesivamente político, con poca independencia y con un número excesivo de miembros que dificultan su operatividad.

Según Fernández Segado³⁵⁰, otra manera de resumir las razones de esta deficiente regulación es fijarse en los dos principales prejuicios que dominaban a los legisladores. Uno era el de pensar que cualquier tribunal constitucional sería un elemento reaccionario que impediría la evolución social. Y el segundo prejuicio, en sentido opuesto, era el de los juristas que pensaban que gobernar es una función equivalente al acto de dictar sentencia, es decir, aplicar una ley a los hechos y resolver la cuestión por medio de algo parecido a un fallo jurisprudencial. Recoge también el citado autor la crítica que ya en 1933 realizara Ruiz Lapeña, que afirmó que la composición ideal del Tribunal sería una que favoreciera su dimensión técnica y redujera su politización, pero no entendiendo ésta como la valoración política de los problemas que se le someten -lo que es probablemente inevitable- sino el posible cambio de naturaleza de sus resoluciones, que pasarían de declaraciones de conocimiento jurídico a expresiones de voluntad política³⁵¹.

4. 2. LA LEY DE DESARROLLO DE 1933.

³⁵⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1998), p. 288.

³⁵¹ RUIZ LAPEÑA, J. (1982) p. 151.

El Gobierno encargó la elaboración de esa Ley a la Comisión Jurídica Asesora que había preparado el primer proyecto de la Constitución. Dentro de ella se instituyó una Subcomisión del Tribunal de Garantías Constitucionales bajo la presidencia de Nicolás Pérez Serrano. Dicha Subcomisión preparó un texto completo de 115 artículos cuya Exposición de Motivos llevaba fecha del 2 de agosto de 1932³⁵². El Anteproyecto optaba con claridad por el modelo austríaco de justicia constitucional, concediendo al Tribunal un verdadero recurso de inconstitucionalidad. No obstante, la cuestión había sido debatida en profundidad. Resulta de gran interés, desde el punto de vista de este trabajo, el voto particular formulado contra la opción por el modelo austríaco por Miguel Cuevas, uno de los 5 miembros de la Subcomisión:

“(…) más este tan sugestivo sistema de racionalización, construido en huevo, deslumbrado por la belleza formal de lo jurídico, cierra los ojos ante el alma jurídico-política que todo texto de derecho encierra y mucho más los que son por antonomasia políticos; ese contenido animador y justificador de la norma, mucho más importante que su validez formal, aflora inevitablemente en todo juicio de inconstitucionalidad, obligando al Tribunal a examinar y juzgar con imprescindible exigencia el valor político de lo que la norma encierra (...) de ahí que lo que se construye aparentemente como simple examen y juicio sobre la pura validez formal de la ley, deviene por manera subrepticia e irremediable, instancia política sobre la democracia parlamentaria, encomendada a un órgano técnico que tiene que resolver opinando como político”³⁵³.

Finalmente, El 7 de junio de 1933 las Cortes aprobaron la ley que organizaba el funcionamiento del Tribunal reduciendo a 95 los 115 artículos del anteproyecto de la

³⁵² El texto completo figura reproducido íntegramente como parte documental en la obra de Bassols a la que venimos haciendo referencia (vid. BASSOLS, M. (2010), Parte Documental C. I.)

³⁵³ PÉREZ SERRANO, N. (1933) pp. 8 y 9.

Subcomisión. Algunos cambios resultaron bastante significativos, y estaban todos en la línea de reducir el peso y la independencia orgánica del Tribunal. El recurso de inconstitucionalidad se vio muy reducido al quedar fuera de su objeto las leyes aprobadas por referendum, los Decretos-leyes y la legislación delegada. El debate fue denso y profundo, y fueron citadas y examinadas prácticamente todas las teorías doctrinales europeas y norteamericanas sobre el control de constitucionalidad. También se discutieron los modelos existentes de jurisdicción constitucional³⁵⁴.

En cuanto a la composición del Tribunal, el punto que más nos interesa, Pérez Serrano explicaba que era vital dotar al Tribunal de la máxima independencia funcional y orgánica que fuera posible, ya que éste sería puesto frente al Parlamento en una cierta posición de pugna en la que debe tener la fuerza suficiente para proteger a la Constitución del legislador cuando esto sea necesario³⁵⁵. Por eso el anteproyecto intentó compensar el escaso perfil jurídico que la Constitución había dado a los vocales por medio de una organización de apoyo (Secretario General, Secretarios de Sala y Oficiales) procedente de los más prestigiosos cuerpos jurídicos.

Pero la ley introdujo varios cambios importantes en esta materia. Quizá el más significativo fue la supresión de la exigencia de la condición de licenciado en derecho para el Presidente (lo que había sido un añadido de la Subcomisión sobre el texto constitucional). La cuestión se discutió con apasionamiento. Uno de los motivos que se pusieron encima de la mesa para eliminar ese requisito fue que en tal caso se cerraría el

³⁵⁴ Resulta impresionante el apéndice documental que incorpora la citada obra de Bassols con las intervenciones más importantes del debate parlamentario de la Ley Orgánica en mayo de 1933. La tensión política del momento y la premura de los plazos no impidieron que los discursos fueran largos, profundos y obviamente muy preparados

³⁵⁵ PÉREZ SERRANO, N. (1933), pp. 8-9.

paso a la Presidencia del Tribunal de personalidades de gran prestigio respetadas por todos, que estaban siendo considerados como posibles candidatos. Uno de los nombres que se mencionó en los debates fue el de José Ortega y Gasset³⁵⁶

En la misma línea de reducción de la posición de independencia del Tribunal, el art. 6 de la Ley permitía que los dos Vocales procedentes del Parlamento mantuvieran sus escaños de Diputados. Parece problemático que forme parte de un órgano de control de constitucionalidad un miembro de la cámara que ha elaborado la norma que ha de controlarse.

La Sección 4ª de la Ley se refería a la designación de los vocales electivos, sin especificar ningún procedimiento específico de control de los nombramientos. Para los vocales parlamentarios sólo se indicaba que cada parlamentario escribiría un nombre en una papeleta resultando elegidos los dos candidatos con un mayor número de sufragios (art. 9) Para los vocales regionales el art. 10 disponía que la designación sería llevada a cabo por los organismos que ejercieran la potestad legislativa en cada territorio, sin referencia a ningún procedimiento concreto. En las provincias que no formaban parte de una región autónoma -todas salvo Cataluña- la elección se llevaría a cabo por medio de los concejales de los Ayuntamientos. De esta forma se ignoraba también la propuesta del anteproyecto, que había optado porque los vocales regionales fueran elegidos por sufragio directo en las regiones uniprovinciales y por medio de compromisarios elegidos también directamente en las multiprovinciales. Tampoco se aprobó este punto sin discusión.

³⁵⁶ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 1931-1933, p. 13135.

Estos vocales regionales parecían haber sido incluidos por los constituyentes como un fuerte contrapeso político en un Tribunal del que se desconfiaba -por los motivos ya mencionados- y al que no se quería dejar como un órgano técnico-jurídico independiente que pudiera alterar los proyectos de reforma social que habrían de salir del parlamento republicano. Pero algunos diputados intentaron que la ley de desarrollo limitara la fuerza de este componente político modificando su proceso de nombramiento. Así lo hizo Recaséns Siches:

“No hay más remedio que aceptar la constitución del Tribunal tal y como viene predeterminada por el texto constitucional ¿pero no cabría encontrar un procedimiento más prudente de elección que el de confiar la designación a los Ayuntamientos? Sé yo que, desde luego, en el ánimo del Gobierno y en el de la Comisión está el que dichos representantes regionales sean portavoz de un espíritu político, popular, que contrarreste el exceso de técnica y los temores que ésta inspira, representada por los miembros juristas del Tribunal. Acepto este sentido que se quiere atribuir a los representantes políticos, de intereses políticos, de puntos de vista políticos, bien está, pero, naturalmente, de política nacional, en el más amplio y vasto sentido de la palabra, de la forma en que la política nacional pueda interesar a las diversas individualidades regionales de España. Ahora bien, por desgracia, sabemos todos -¿a qué vamos a ocultarlo?- que la política que se desarrolla en los municipios, en los Ayuntamientos, más que el nombre de política, en la auténtica acepción de la palabra, merecería en muchos casos el de politiquería, el de política de campanario, el de ruralismo, el de localismo. ¿Y vamos a dar expresión inmediata, sin matizarla, sin someterla a trámite intermedio, a esa expresión de ruralismo y localismo que tiene la política de la mayor parte de los municipios españoles?³⁵⁷

³⁵⁷ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 1931-1933, p. 13144.

4. 3. LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL. LA ELECCIÓN DEL PRESIDENTE Y LOS VOCALES PARLAMENTARIOS.

La ley de desarrollo fijaba en su Disposiciones Transitorias un plazo extremadamente breve para la constitución del nuevo Tribunal de Garantías. En quince días desde la aprobación de la ley habrían de estar nombrados el Presidente y los Vocales parlamentarios y en los 30 días siguientes a esa designación se convocarían las elecciones para los Vocales regionales, los de los Colegios de Abogados y los profesores de Facultades de Derecho.

El cargo de Presidente fue estrenado por Álvaro de Albornoz, que había sido diputado y Ministro de Justicia durante el bienio progresista. Es interesante la irónica y amarga reflexión de Alcalá Zamora sobre el nombramiento de Albornoz. Después de criticar duramente lo que consideraba los errores más importantes de la ley de desarrollo recientemente aprobada, el Presidente de la República escribía en sus Memorias:

“(…) mostré a Azaña, que no los había advertido, esos dislates y reconoció, de acuerdo conmigo, que no se podían consentir, ni se debía dar un escandalo, regocijado para las oposiciones, devolviendo con mensaje de veto y por inconstitucional la ley garantía de la Constitución, máxime cuando el autor de los despropósitos era el Ministro de Justicia [Albornoz]. Aceptó, pues, Azaña mi solución, que fue presentar un proyecto que la remediara, el cual, votado con urgencia, se publicaría antes de que aquella pudiese entrar en vigor; así se hizo (...) Y las Cortes, sin duda por las pruebas de reflexión, acierto y dominio de la materia que acababa de dar Albornoz, resolvieron

elegirle Presidente del Tribunal de Garantías. Sin duda creyeron haber hallado el hombre que el cargo reclamaba. Azaña juzgó tal designación desatinada, pero no se atrevió a contrariar al grupo más levantisco de la mayoría, que reclamaba aquella magnífica prebenda del todo laica”³⁵⁸.

También rescata Bassols un esclarecedor párrafo de las Memorias de Azaña referido al mismo punto. El relato comienza después de contar Azaña que ha ofrecido a José Manuel Pedregal el puesto de Ministro de Hacienda, y que éste lo ha rechazado:

“Pedregal me dice que le gusta un puesto: el de Presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales. Daría dinero para ocuparlo, sabe que hay otro aspirante, Fernando de los Ríos. Yo también lo sé por esto Hace dos o tres días estando en el Banco Azul, se me acercó Martínez Barrio y me dijo que Lerroux y él, buscando un modo de ser agradables a los socialistas habían discurrido allí mismo que fuera Fernando de los Ríos Presidente del Tribunal, y que si yo lo autorizaba, iba al instante a proponérselo a los socialistas. Ya se lo habían indicado al propio Fernando. Me quedé maravillado de la ligereza y me puso de mal humor la iniciativa que no era para ser tomada en un cuchicheo. Como pude le dije a Martínez Barrio algunas confusas razones para disuadirle de momento y lo conseguí. (...) Pedregal conocía esto por Besteiro. Ignoro quién se lo había contado a Besteiro, quizá el propio Ríos (lo que Pedregal sabía era el propósito de lanzar la candidatura de Fernando no sin oposición). También sabía que a Fernando le gusta. Y me dice que a Besteiro le parece un disparate que Fernando ocupe ese puesto que debe tener un socialista. Del mismo parecer es Pedregal. Un socialista presidente del Tribunal haría la vida imposible al Gobierno”³⁵⁹.

³⁵⁸ ALCALÁ-ZAMORA, N. (1977) p. 242. Citado en BASSOLS, M. (2010)

³⁵⁹ AZAÑA, M. (2000) p. 559.

Según disponía la ley, la elección del Presidente había de realizarse por las Cortes requiriéndose para la votación un quórum relativamente bajo: 100 Diputados, lo que era la mitad más uno de los miembros legales de la cámara. El sistema era mayoritario a doble vuelta. Y el mandato del Presidente habría de extenderse por un plazo bastante largo: diez años, no pudiendo ser reelegido.

Así pues, tras unos breves e intensos días de regateo político la votación final se produjo el 13 de julio de 1933. La sesión parlamentaria fue bastante agitada, como muchas otras de aquellas convulsas Cortes.

Recuerda Fernández Segado³⁶⁰ que con carácter previo a la elección, el diputado Castrillo presentó una proposición incidental solicitando que:

“Antes de entrar en la votación de presidente y vocales del Tribunal de Garantías Constitucionales, procede que los grupos parlamentarios expliquen los criterios políticos que deban presidir dicha elección para unificar en lo posible la orientación de la Cámara”.

Castrillo pretendía que todos los líderes parlamentarios reconocieran antes de votar que convenía reforzar la independencia y credibilidad del Tribunal dándole un Presidente de prestigio que no formara parte de ninguno de los grandes partidos, y menos aún del Gobierno. Se sucedieron varias intervenciones de apoyo a su postura. Y finalmente el Presidente del Consejo, Azaña, anunció que el Gobierno no iba a proponer ningún candidato. Por un momento pareció que el debate podía suspenderse, pero varias intervenciones de diputados de la mayoría radical-socialista precipitaron la votación. En

³⁶⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1998) p. 337. Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República, n. 370, 13 de julio de 1933, p. 14124.

palabras del citado Fernández Segado³⁶¹, se trataba del “primer eslabón de una larga cadena de despropósitos que continuaría con los procesos electorales de los vocales del Tribunal”.

El resultado final fue, como se ha dicho ya, la elección de Álvaro de Albornoz, ex Ministro de Justicia que había formulado críticas muy duras a la jurisdicción constitucional durante el debate de su ley de desarrollo. 204 Diputados votaron a Albornoz y 80 lo hicieron a favor de Ortega y Gasset, que quedó en segunda posición. Menos de una decena de votos obtuvieron Ossorio y Gallardo o Adolfo Posada, juristas de gran prestigio y una posición de cierta neutralidad política.

Las elecciones de los Vocales parlamentarios tuvieron lugar el día siguiente, 14 de julio. El Proyecto de la Ley de Desarrollo había previsto que cada Diputado pudiera votar a dos candidatos pero en los debates parlamentarios se produjeron varias intervenciones en el sentido de restringir a uno solo el voto de cada Diputado, para reforzar la posición de las minorías. Y estas peticiones fueron incorporadas a la Ley (art. 9) Es interesante notar que los Diputados Elola y Castillejo, a los que se uniría Recaséns Siches, mencionaron explícitamente que el control de constitucionalidad implica un pleito en el que se debaten intereses de todos los sectores políticos minoritarios, y éstos deben estar debidamente representados³⁶².

³⁶¹ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1998) p. 341.

³⁶² El debate está recogido en el Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República n. 346 de 30 de mayo, pp. 13141-13142.

4. 4. LA ELECCIÓN DE LOS VOCALES REGIONALES, REPRESENTANTES DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS Y PROFESORES DE FACULTADES DE DERECHO.

Como es sabido, la elección de los vocales regionales tuvo consecuencias importantísimas ya que los resultados fueron interpretados en clave esencialmente política como un rechazo de los votantes a la coalición de gobierno encabezada por Azaña, lo que acabaría suponiendo la disolución de las Cortes Constituyentes y el cambio de gobierno que dio paso a la coalición de centro derecha de la CEDA y el Partido Radical. Las elecciones municipales se habían celebrado en septiembre de 1933 y el resultado había sido algo parecido a un empate entre el gobierno y la oposición. Pero en las elecciones de vocales del Tribunal, celebradas el 3 de septiembre de 1933, los partidos de la coalición de gobierno sólo obtuvieron cinco de los quince vocales que estaban en juego.

Es interesante anotar que las elecciones no sólo se interpretaron en sentido político sino que se plantearon así desde el principio, como una cuestión de confianza sobre el gobierno de la República³⁶³.

Este sesgo político se acentuó aún más en las elecciones de los representantes de los Colegios de Abogados. Como ya se ha adelantado, el 10 de septiembre de 1933 salieron elegidos dos Vocales claramente contrarios a la mayoría gubernamental. Uno de ellos era José Calvo Sotelo, monárquico y ex Ministro de Hacienda de Primo de Rivera, que por entonces se hallaba desterrado.

³⁶³ ESPÍN, E. (1980) pp. 87 y ss.

Parece que las elecciones de los Vocales elegidos en representación de los profesores de Facultades de Derecho tuvieron un tono más técnico y profesional, y estuvieron algo menos contagiadas del espíritu de contienda política electoral con que se afrontaron el resto de las elecciones³⁶⁴. Pérez Serrano, que había presidido la Subcomisión que redactó el anteproyecto de la ley del Tribunal, se dirigió por escrito a muchos profesores solicitando la presentación de candidaturas y obtuvo del Gobierno la publicación de un Decreto (de 28 de agosto) que permitía la votación por correo hasta el 5 de septiembre (las elecciones se celebraron el 10 de septiembre de 1933, el mismo día previsto para las votaciones de los Colegios de Abogados).

Aunque el Tribunal se había constituido oficialmente el 3 de septiembre de 1933, lo había hecho integrado sólo por el Presidente y los Vocales natos y parlamentarios. Pero sería en la sesión del 21 de octubre cuando se declaró formalmente constituido e integrado ya por todos sus miembros. Inicialmente celebró sus sesiones utilizando los salones de plenos del Palacio de Justicia (Tribunal Supremo) y del Consejo de Estado. Estaba previsto que el Tribunal se instalara definitivamente en el Palacio del Senado (que había quedado sin ocupar al eliminar la Constitución la cámara alta) pero el Presidente de las Cortes se opuso a dicho traslado alegando sucesivos obstáculos administrativos. Seguramente pesaba en muchos de los parlamentarios el miedo, al que ya se ha hecho referencia, a que el Tribunal se convirtiera en el Senado territorial que los constituyentes no habían querido crear. Finalmente, el Tribunal se instalaría en un palacio particular arrendado en la calle de San Bernardo.

³⁶⁴ BASSOLS, M. (2010) p. 89.

4. 5. LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL.

Para el objeto de este trabajo resulta importante comprender si puede hallarse alguna relación entre el modo de integrarse el Tribunal de Garantías y el éxito o fracaso de la institución. Obviamente, la paralización del Tribunal a partir del estallido de la guerra y su desaparición al final de ésta tiene su razón de ser en la tensión política y social que provocó la contienda y que acabaría por llevarse por delante todas las instituciones republicanas. Pero en la actividad desempeñada por el Tribunal entre 1933 y 1936 sí pueden hallarse algunas claves interesantes que permiten formular algunas conclusiones sobre el mecanismo de nombramiento de sus miembros.

Muy pronto tuvo que enfrentarse el Tribunal a su primera prueba de fuego. Las reformas agrarias del gobierno de Azaña habían provocado una gran agitación en todo el país. En Cataluña, el gobierno de la Generalidad estaba soportando una gran tensión social como consecuencia de los desahucios de propietarios de tierras por parte de sus cultivadores directos. Tras intentar -sin éxito- que las Cortes de la República reformaran la legislación o al menos decretaran una suspensión temporal de los desahucios, el Parlamento Catalán asumió directamente la cuestión y aprobó una nueva Ley de Contratos de Cultivo para la que no parecía tener competencias claras. El proyecto de ley había sido elaborado por una comisión supervisada por el ilustre civilista Roca-Sastre y tenía un carácter relativamente moderado. Pero algunas cuestiones importantes no quedaban claras y la reacción inmediata de muchos propietarios fue la de instar a sus Diputados nacionales del Partido Radical y de la Lliga (que entonces se hallaba ausente del Parlamento Catalán como protesta contra el Gobierno autónomo) a que solicitaran del Gobierno la presentación de una cuestión de competencia ante el Tribunal de

Garantías por haber invadido el Parlamento Catalán competencias de las Cortes. El Gobierno radical de Samper acogería la iniciativa y plantearía la cuestión el 5 de mayo de 1934. La sentencia se publicó en la Gaceta de Madrid el 12 de junio de 1934 declarando nula la Ley y todos sus actos de ejecución por falta de competencia del Parlamento Catalán. Pero sólo 13 de los 23 Vocales habían apoyado esta sentencia, a la que se habían opuesto otros diez miembros del Tribunal (incluido el Presidente) que firmaron un voto particular discrepante defendiendo la constitucionalidad de la Ley³⁶⁵. Y lo grave es que el Parlamento Catalán, el mismo día en que se publicaba la sentencia, aprobó una nueva Ley que reproducía literalmente el texto de la ley anulada. Esto se produjo por entender el Presidente Companys que la sentencia atacaba la autonomía de Cataluña. Simultáneamente, la Minoría de Izquierda Catalana y la Minoría Vasca se retiraron de la Cortes republicanas en solidaridad con la postura de Companys. Así que en la primera ocasión en la que el Tribunal ejercía su poder de control constitucional, con mayor o menor acierto, se encontraba con un desafío directo a su legitimidad.

El problema se agravó además por el hecho de que la Ley del Tribunal no preveía de un modo claro como habría de conseguirse la ejecución de las sentencias de inconstitucionalidad. Tras la publicación de la sentencia y de la desafiante ley catalana, comenzó un laborioso proceso de negociación en las Cortes sobre el modo en que el Gobierno central -que había recurrido la ley- y el Parlamento Catalán podrían conseguir la aprobación de una nueva ley que incorporase las correcciones exigidas por la sentencia. Finalmente se optó por mantener la ley intacta pero pactando un reglamento de desarrollo que la despojara de los puntos que habían sido objeto de la censura del Tribunal. El último paso sería el encargo al Gobierno de la Generalidad -por parte del

³⁶⁵ En la obra de Bassols se incluye el texto completo de la Sentencia y los votos particulares como parte del apéndice documental. BASSOLS, M. (2010), p. 253.

Parlamento Catalán- de la elaboración de un texto refundido de la ley y el decreto que tendría rango legal y que sería publicado finalmente el 30 de septiembre de 1934 en el Boletín Oficial de la Generalidad.

Pero por desgracia para el Gobierno de Samper, ahí no acabaría la cuestión. Al día siguiente, el 1 de octubre de 1934, el Presidente del Gobierno compareció en las Cortes para dar cuenta de varias cosas, entre ellas la resolución de la crisis provocada por la sentencia del Tribunal. En general, expresó su satisfacción porque el texto finalmente aprobado por el Parlamento Catalán resolviera todos los problemas técnico-jurídicos sobre competencias que había planteado su Gobierno al Tribunal de Garantías en su recurso³⁶⁶ y se mostró favorable a tolerar que en el futuro el régimen jurídico de los contratos agrícolas fuera regulado por las regiones autónomas. Este último punto provocó que Gil Robles, líder de la CEDA, pidiera la palabra para criticar con dureza al Presidente por haber intentado resolver falsamente un grave problema político por medio de artificios jurídicos que no ocultaban su debilidad al frente del Gobierno y su irrelevante posición ante la rebelión legislativa del Parlamento Catalán. Dado que Samper carecía de mayoría parlamentaria y se sostenía con los votos del partido de Gil Robles, todo el mundo entendió el discurso de éste como una moción de censura implícita. Samper trató de recabar apoyos para ganar una moción de confianza y al no conseguirlos, ese mismo día presentó su dimisión y la de su Gobierno.

Como es sabido, la caída de Samper provocó que el 4 de octubre formara gobierno Alejandro Lerroux, incorporando por primera vez a tres ministros de la CEDA. Esto fue considerado intolerable por el gobierno de la Generalidad, que

³⁶⁶ Diario de Sesiones de las Cortes. N^o 113 p. 4479.

reaccionó el 6 de octubre con un discurso de Companys que proclamaba “el Estado Catalán dentro de la República Federal Española” Como consecuencia, se declaró el estado de Guerra en Cataluña y el General Batet, que asumió los poderes de la Generalidad, suspendió la vigencia de la discutida ley de contratos agrarios.

Entre esos dos días, el 5 de octubre de 1934 presentó su dimisión como Presidente del Tribunal Álvaro de Albornoz, declarando que carecía de la convicción necesaria para presidir el Tribunal cuando el Gobierno de la República estaba en manos de políticos que no habían votado la Constitución de 1931 y no tenían intención de respetarla³⁶⁷ Le substituyó el Vicepresidente, Fernando Gasset, miembro del Partido Radical, que permanecería en el cargo hasta su dimisión en agosto de 1936.

Así pues, en la primera ocasión en que el Tribunal tuvo que ejercer sus funciones de control constitucional su actuación fue utilizada como pretexto por la oposición para hacer caer al Gobierno y por el Gobierno de la Generalitat para proclamar la independencia de Cataluña. Ninguna de las partes consideró que el Tribunal tuviera suficiente legitimidad para ejercer sus funciones.

Con respecto al modo de designación de los miembros del Tribunal, el final lógico del proceso fue la introducción en 1936, por parte del Gobierno del Frente Popular, de un Proyecto de Ley que reformaba la elección de los vocales y permitía destituir a éstos cuando actuaran con hostilidad a las instituciones republicanas. Rubio Llorente menciona ³⁶⁸ un punto del programa del Frente Popular en el que se preveía la reforma del Tribunal para “impedir que la defensa de la Constitución quede

³⁶⁷ BASSOLS, M. (2010) p. 106.

³⁶⁸ BASSOLS, M. (2010) p. 32.

encomendada a conciencias formadas en una convicción o en un interés contrarios a la salud del régimen”.

La guerra y el régimen de los vencedores pondrían fin al primer experimento de jurisdicción constitucional en España.

4. 6. CONCLUSIONES

El Tribunal de Garantías no llegó a funcionar como una verdadera jurisdicción constitucional moderna y tuvo una vida muy efímera, como consecuencia del dramático estallido de la Guerra Civil de 1936. El objeto de este trabajo es comprender el efecto que puede tener en un tribunal constitucional el control parlamentario de sus nombramientos. Como ya se ha dicho, el papel de las cortes republicanas en dichos nombramientos fue formalmente muy escaso, aunque desde otro punto de vista podría decirse que la dependencia de los miembros del Tribunal con respecto a la clase política fue absoluta, siendo ésa una de las principales razones de su desprestigio y de su escasa utilidad como herramienta para rebajar la tensión institucional o para proteger la Constitución de 1931.

En cualquier caso, sólo el Presidente y dos de los vocales eran directamente elegidos por las Cortes, sobre un total de 25 miembros. Por lo que la intervención parlamentaria puede calificarse de irrelevante. Por otra parte, el procedimiento de elección de esos miembros no preveía ninguna clase de debate específico y tampoco una mayoría cualificada. Además, el plazo previsto para la elección de los vocales

parlamentarios era muy breve, de sólo quince días desde la aprobación de la ley de desarrollo.

Así que formalmente podría afirmarse que el Tribunal de Garantías no puede servir como un caso de estudio del control parlamentario del nombramiento de miembros de un tribunal constitucional. Pero en realidad también podría interpretarse esta experiencia como un ejemplo de los riesgos a los que puede llevar la intención de controlar políticamente la interpretación constitucional, que es algo que de alguna manera siempre se persigue cuando se hace intervenir al legislador en la designación de los miembros de un órgano de control de constitucionalidad.

Por supuesto, la excepcionalidad histórica del periodo impide formular conclusiones conceptuales claras y mucho menos deducir consecuencias prácticas de unas regulaciones que con frecuencia fueron ignoradas por los políticos de ambos bandos. Y conviene subrayar algo que ya se ha mencionado. La mayoría de los políticos republicanos no estaba dispuesto a aceptar un verdadero control de constitucionalidad por entender que nadie podía limitar la capacidad legislativa del parlamento. Por eso las maniobras políticas para controlar la designación de vocales no pueden interpretarse como una consecuencia necesaria del control parlamentario de las mismas. Cuando éste tiene lugar en un sistema en el que los legisladores aceptan las limitaciones constitucionales de su poder, esa intervención puede servir para mejorar el ejercicio del control de constitucionalidad y proteger su legitimidad. Pero ese no era el punto de partida en las cortes republicanas.

5. LA FUNCIÓN DE INTEGRACIÓN DE LAS CORTES GENERALES: LA DESIGNACIÓN POR LAS CÁMARAS DE MIEMBROS DE OTROS ORGANISMOS.

5. 1. INTRODUCCIÓN. LA DISCUSIÓN TEÓRICA SOBRE LA FUNCIÓN DE INTEGRACIÓN DE LAS CORTES.

El Parlamento creado por la Constitución Española de 1978 asume, además de sus tres funciones más clásicas (legislativa, presupuestaria y de control) algunas otras que le encomienda la propia Constitución o sus leyes de desarrollo. Y una de las más importantes es la de designar a los miembros de otras instituciones, poder que a veces le corresponde con exclusividad y en otros casos compartido con otros órganos constitucionales.

Desde un punto de vista teórico, podría plantearse si a la vista de esa importancia y de los rasgos comunes a todos los procedimientos de designación que corresponden a las cámaras podrían considerarse éstos como elementos constitutivos de otra función autónoma al estilo de las tres ya citadas. Santaolalla ha señalado que se trata de un fenómeno relativamente novedoso y que podría considerarse como parte de una función de dirección política asumida por el órgano al que corresponde la representación popular³⁶⁹. Otros autores han enfocado la cuestión en términos parecidos, incidiendo en la necesidad de replantear los esquemas clásicos de poderes y funciones para dar explicación cabal a éstas y a otras nuevas facultades asumidas por los parlamentos. Podrían servir como marco, en este sentido, varias de las reformulaciones modernas de

³⁶⁹ SANTAOLALLA y PAUNER (2010) p. 14.

la teoría de la separación de poderes. Si tomamos una de las más citadas, la de Loewenstein³⁷⁰, podríamos situar estas designaciones como una parte del poder de control político (“*policy control*”) que recae esencialmente en el Parlamento. Ahora bien según entendamos el sentido y la finalidad del procedimiento también podríamos situarlo -aunque sólo en algunos casos- como parte del poder o función de decisión (“*policy determination*”) Uno de los autores que más ha escrito sobre la cuestión en referencia a nuestro parlamento es Cristina Pauner, que considera que esta función de designación tiene una naturaleza triple de legitimación, control y orientación política³⁷¹.

Resulta difícil calificar en general esta función parlamentaria por las diferencias entre el sentido de las diversas designaciones. En algunos casos sí podrían considerarse un control clásico de la acción del Gobierno, pero eso resulta poco claro en otros nombramientos como el de Magistrados del Tribunal Constitucional. Si se califica como un control y no como parte de la función de decisión habría que matizar que no es un control típico de la acción del Gobierno, ya que en la mayor parte de los casos los dos principales grupos parlamentarios pactan las designaciones y se reparten los cargos por cuotas. En tal caso ¿quién está controlando a quién? Los pactos suelen servir para asegurar que cada grupo elige a personas afines a sus posiciones políticas. Se asegura entonces el dominio de los órganos integrados por parte de los partidos políticos, al menos en el sentido de que sus respectivas posiciones estarán adecuadamente defendidas o representadas cuando el órgano correspondiente tenga que tomar decisiones que tengan importantes consecuencias políticas. Y esto, como es obvio, puede comprometer la independencia o profesionalidad de dichos órganos. Aunque también podría entenderse que hay un control de la acción del gobierno como limitación

³⁷⁰ LOEWENSTEIN (1986), p. 62.

³⁷¹ SANTAOLALLA y PAUNER (2010) p. 58. Más extensamente en PAUNER (2003) Coincide en esa triple función con lo propuesto por MARTÍNEZ CORRAL (2008) p. 107.

del poder en el sentido de que el grupo mayoritario no podrá quedarse con todos los puestos y dominar así por completo el órgano del que se trate.

Por otra parte, cuando los grupos minoritarios que no han formado parte del pacto intervienen en las sesiones de designación suelen emplear su tiempo en descalificar el acuerdo adoptado por la mayoría y en transmitir a la opinión pública su posición contraria al bipartidismo, renunciando habitualmente a discutir el perfil profesional o político de los candidatos propuestos. ¿Qué clase de control sería éste? Probablemente puede relacionarse con el concepto genérico de control de la mayoría por parte de la minoría, lo que puede calificarse con flexibilidad como control del Gobierno. Pero con el importante matiz de que el principal partido de la oposición formará parte también de la mayoría que ha de ser controlada.

Utilizando conceptos clásicos de la teoría constitucional podría calificarse esto último como un control intraorgánico de los grupos minoritarios sobre los mayoritarios, con la opinión pública como testigo de los defectos que esos pactos por cuotas pudieran presentar. Y esos mismos pactos serían un elemento de control interorgánico del Parlamento sobre el Tribunal Constitucional.

Como resumen más general de la cuestión podría decirse también que para considerar que esta función de las cámaras de integrar otros órganos constitucionales forma parte de la función de control hay que compartir la posición, bastante mayoritaria en nuestra doctrina³⁷², de que en realidad toda la actividad parlamentaria –incluida la puramente legislativa y la presupuestaria– es realmente función de control.

³⁷² Ejemplo de esa posición es Rubio Llorente en “El control parlamentario” vid. RUBIO LLORENTE, F. (1997) p. 245. Una crítica de la misma puede encontrarse en “El control parlamentario como instrumento de las minorías” vid. LÓPEZ GUERRA, L. (1996) p. 83.

Al final del capítulo volveremos sobre este punto pero de momento evitaremos la cuestión conceptual para referirnos a las razones que impulsaron al legislador constituyente a otorgar al Parlamento dichos poderes.

Pajares Montolío³⁷³ considera que los motivos son claros: se trataría de dotar de mayor legitimidad a esos órganos cuyos miembros son designados por las Cámaras. De este modo el peso de su integración se hace recaer sobre un poder representativo y plural que habrá de decidir esos nombramientos mediante acuerdos que requieran mayorías muy amplias. De ese modo se aseguraría que las personas designadas cumplen con los requisitos de capacidad técnica y además dotan al órgano de la pluralidad democrática que le permitirá ser, a la vez, representativo e independiente. Ahora bien, el propio autor señala que la práctica política real ha tenido muy poco que ver con estos loables objetivos: “lo habitual ha sido que, llegado el momento de renovar a los componentes de estas instituciones, las formaciones parlamentarias primero acuerdan el modo en que se reparten entre ellas los puestos que es preciso cubrir y, una vez asignadas las cuotas, deciden con libertad quiénes van a ocupar esos puestos. Ésta es al menos la percepción mayoritaria en la opinión pública, la que aparece en los medios de comunicación, en los cuales ya es frecuente encontrar que se habla o escribe de mayorías y minorías de uno y otro signo en el Tribunal Constitucional o en el Consejo General del Poder Judicial, que explicarían las decisiones que se adoptan en el seno de estos órganos, todo ello al margen de que tal visión se corresponda con lo que sucede en realidad³⁷⁴”.

Como hemos podido ver al analizar el proceso que es objeto de nuestro trabajo, la descripción anterior –referida a todas las designaciones- encaja especialmente bien en

³⁷³ SANTAOLALLA y PAUNER (2010) p. 10.

³⁷⁴ SANTAOLALLA y PAUNER (2010) p. 11.

el procedimiento previsto por la Constitución para el nombramiento de Magistrados del Tribunal Constitucional. El sistema parece articularse enteramente en torno a las cuotas, al menos por lo que se refiere a los partidos mayoritarios (los únicos que tienen fuerza parlamentaria suficiente para negociarlas) Pero es interesante comprobar que cuando estas cuotas no pueden pactarse, los grupos parlamentarios parecen querer utilizar el procedimiento de forma diferente, de manera que aflora de nuevo la función de control pero con matices diferentes a los del clásico control del ejecutivo. De hecho, en el caso de los candidatos al Tribunal, hemos visto con frecuencia como los parlamentarios de la mayoría han tratado de realizar un control especialmente riguroso en las comparecencias de nombramiento en las que se examinaban las credenciales de candidatos propuestos por la oposición.

Podríamos concluir esta breve introducción teórica señalando que si puede hablarse de una función parlamentaria de integración –común a todas las designaciones– ésta tendría dos finalidades esenciales: asegurar la capacidad técnica de los designados –lo que exige expresamente en muchos casos la Constitución o la ley– y dotarlos de una legitimación democrática, derivada de la propia del Parlamento. La finalidad de legitimación es esencialmente política mientras que la de asegurar la capacidad profesional es técnica y mejor podría ocuparse de ella una comisión de expertos. La necesidad de combinarlas acaba con la asignación al Parlamento.

Y por las razones anteriormente expuestas, y por las que se verán a lo largo del trabajo, no nos resulta clara la utilidad de intentar asignar todas las designaciones a la función de control o a la de orientación política. Especialmente si se trata de ajustar mejor los procedimientos como consecuencia de ese encaje conceptual previo. Probablemente sea más eficaz analizar específicamente cada caso, y con más atención aún cuando se trata de órganos constitucionales. Y entre ellos creemos que destaca

especialmente la especialidad –teórica y práctica- del Tribunal Constitucional, al que corresponde controlar la actuación del propio órgano que designa a sus miembros.

Podría plantearse también aquí la pregunta sobre el tipo de control –si lo hay- en el que habría que encuadrar el nombramiento de Magistrados del Tribunal que corresponde al Gobierno y al GCPJ, es decir, el que queda fuera del Parlamento. Si las cámaras otorgan o refuerzan la legitimidad democrática del Tribunal ¿qué aportan los nombramientos del Gobierno y del Consejo?

Como se verá con más detalle en el Capítulo 6 la razón de reservar el nombramiento de esos cuatro Magistrados al Gobierno y al Consejo parece haber sido claramente política. El Gobierno de la UCD quería conservar el predominio ideológico en el Tribunal más allá de lo que pudiera durar su frágil mayoría parlamentaria³⁷⁵. Ahora bien ¿puede esto considerarse entonces un control de algún tipo? Parece difícil conceptuarlo así. En el caso de los Magistrados nombrados por el Gobierno, sí podría entenderse como otro control intraorgánico en el que el Gobierno aporta una legitimidad democrática indirecta al Tribunal, menor –en principio- de la que procede de las Cámaras ya que en este caso la oposición no ha tenido ocasión de intervenir. En el caso de los candidatos propuestos por el Consejo parece que se trata de algo diferente. Ya hemos hablado de la necesidad de asegurar la capacidad técnica o profesional de los candidatos. Y tratándose de Magistrados que realizan una interpretación jurídica - aunque una peculiar como es la interpretación constitucional- parece razonable considerar que el Consejo resulta especialmente adecuado para proporcionar un plus de legitimación “técnica” a los miembros del Tribunal. Pero puede haber además otra parte

³⁷⁵ Era lógico prever que la parte del CGPJ elegida por los jueces de 1978 sería mayoritariamente conservadora, lo que sumado a los dos puestos designados directamente por el Gobierno permitiría al Ejecutivo equilibrar en el Tribunal un periodo de Gobierno en minoría parlamentaria durante el que la renovación de los Magistrados que corresponden a las Cortes resultara imposible o se concretara en nombramientos ideológicamente contrarios.

de control intraorgánico en el que el Poder Judicial –rubricado así de modo expreso en el Título VI de la Constitución- realiza también un control sobre un órgano constitucional esencial como es el Tribunal³⁷⁶.

5. 2. DESIGNACIONES PARLAMENTARIAS EN LAS CORTES GENERALES

Haremos a continuación un breve recorrido por las designaciones parlamentarias previstas por nuestra Constitución, con excepción del caso de los Magistrados del Tribunal Constitucional que es el objeto de estudio de este trabajo.

5. 2. 1. Los Vocales del Consejo General del Poder Judicial

Según dispone el art. 122.3 de la Constitución:

“El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la Ley Orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas,

³⁷⁶ Algunos autores discuten que pueda atribuirse al CGPJ la representación de ese “poder judicial”, que sólo corresponde a cada juez y que es el poder de ejercer la jurisdicción. No habría que considerar al Consejo como la representación de un “poder” en el sentido constitucional de la palabra, sino como un órgano que sirve para proteger la independencia de los únicos titulares de tal poder: los jueces. En ese sentido DE LA OLIVA, A. (1994) p. 47-49.

todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión”.

El desarrollo orgánico de este precepto, como es sabido, ha resultado complejo y polémico como consecuencia de la ambigua redacción del precepto constitucional por lo que se refiere al nombramiento de los doce vocales de procedencia judicial. La reforma operada por la LO 6/1985 de 1 de julio modificó la primera LO 1/1980 y otorgó la designación de todos los vocales (judiciales y no judiciales) a las cámaras. La reforma fue impugnada y el Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse sobre la cuestión en la STC 108/1986. El Tribunal aceptó -con algunas reservas en los fundamentos que no afectaron al fallo- que el nuevo procedimiento tenía cabida en el tenor literal del 122.3 y señaló algo que resulta relevante para nuestro trabajo:

“(...) la posición de los integrantes de un órgano no tiene por qué depender de manera ineludible de quienes sean los encargados de su designación sino que deriva de la situación que les otorgue el ordenamiento jurídico. En el caso del Consejo, todos sus vocales, incluidos forzosamente los que han de ser nombrados por las Cámaras y los que sean por cualquier otro mecanismo no están vinculados al órgano proponente como lo demuestra la prohibición de mandato imperativo (art. 119.2 LOPJ) y la fijación de un plazo determinado de mandato (cinco años), que no coincide con el de las Cámaras y durante los cuales pueden ser removidos por los casos taxativamente determinado en la Ley Orgánica (art. 119.2 LOPJ)”

Se trata quizá de la expresión de un buen deseo más que de la constatación de un hecho o de un principio. En cualquier caso, la necesidad y el tono de la explicación (“no tiene por qué depender de manera ineludible”) sirven para confirmar lo ampliamente

difundida que estaba la percepción de que el sentido de las designaciones parlamentarias era el control de los candidatos por parte de los partidos mayoritarios.

La LO 2/2001 modificó de nuevo el procedimiento como consecuencia del pacto de los dos grupos mayoritarios conocido como Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia. El acuerdo devolvía a los jueces la posibilidad de intervenir en la designación de los vocales de procedencia judicial pero la designación final seguía correspondiendo al Congreso y el Senado. Las asociaciones profesionales de jueces y magistrados proponen a 36 candidatos y cada cámara elige a 6 de entre los propuestos³⁷⁷.

³⁷⁷ El procedimiento de designación de los 22 vocales queda establecido en el art. 112 y 113 de la LOPJ del siguiente modo:

Artículo 112

“Los 12 miembros que conforme a lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución han de integrar el Consejo entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales serán propuestos para su nombramiento por el Rey de acuerdo con el siguiente procedimiento:

1. Podrán ser propuestos los Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales que se hallen en servicio activo y no sean miembros del Consejo saliente o presten servicios en los órganos técnicos del mismo.
2. La propuesta será formulada al Rey por el Congreso de los Diputados y el Senado, correspondiendo a cada Cámara proponer seis Vocales, por mayoría de tres quintos de sus respectivos miembros, entre los presentados a las Cámaras por los Jueces y Magistrados conforme a lo previsto en el número siguiente.
3. Los candidatos serán presentados, hasta un máximo del triple de los doce puestos a proponer, por las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados o por un número de Jueces y Magistrados que represente, al menos, el 2 % de todos los que se encuentren en servicio activo. La determinación del número máximo de candidatos que corresponde presentar a cada asociación y del número máximo de candidatos que pueden presentarse con las firmas de Jueces y Magistrados se ajustará a criterios estrictos de proporcionalidad, de acuerdo con las siguientes reglas:
 - a. Los 36 candidatos se distribuirán en proporción al número de afiliados de cada asociación y al número de no afiliados a asociación alguna, determinando este último el número máximo de candidatos que pueden ser presentados mediante firmas de otros Jueces y Magistrados no asociados; todo ello, de acuerdo con los datos obrantes en el Registro constituido en el Consejo General del Poder Judicial conforme a lo previsto en el artículo 401 de la presente Ley Orgánica y sin que ningún Juez o Magistrado pueda avalar con su firma más de un candidato.
 - b. En el caso de que el número de Jueces y Magistrados presentados con el aval de firmas suficientes supere el máximo al que se refiere la letra a, sólo tendrán la consideración de candidatos los que, hasta dicho número máximo, vengán avalados por el mayor número de firmas. En el supuesto contrario de que el número de candidatos avalados mediante firmas no baste para cubrir el número total de 36, los restantes se proveerán por las asociaciones, en proporción al número de afiliados; a tal efecto y para evitar dilaciones, las asociaciones incluirán en su propuesta inicial, de forma diferenciada, una lista complementaria de candidatos.
 - c. Cada asociación determinará, de acuerdo con lo que dispongan sus Estatutos, el sistema de elección de los candidatos que le corresponda presentar.

Tras la reforma, la cuestión sigue sin ser pacífica tanto a nivel doctrinal como político. Pero sigue siendo mayoritaria la sensación de que el sentido real de estas designaciones es la necesidad de los partidos de controlar un órgano que decide los nombramientos de los jueces de las salas más “sensibles” políticamente, las del Tribunal Supremo, y especialmente la Sala Segunda a la que corresponde el procesamiento penal de las personas aforadas (jueces, parlamentarios y miembros del Gobierno)

5. 2. 3. El Defensor del Pueblo

Según el art. 54 de la Constitución:

“Una Ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”.

La Ley Orgánica 3/1981 desarrolla esta previsión y dispone el modo de realizar dicha elección³⁷⁸. Lo más relevante del procedimiento es la exigencia de una mayoría

-
4. Entre los 36 candidatos presentados, conforme a lo dispuesto en el número anterior, se elegirán en primer lugar 6 Vocales por el Pleno del Congreso de los Diputados, y una vez elegidos estos 6 Vocales, el Senado elegirá los otros 6 entre los 30 candidatos restantes. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el número 2 del artículo siguiente.

Artículo 113

1. Los restantes 8 miembros que igualmente han de integrar el Consejo, elegidos por el Congreso de los Diputados y por el Senado, serán propuestos para su nombramiento por el Rey entre abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de 15 años de ejercicio en su profesión, que no sean miembros del Consejo saliente ni presten servicios en los órganos técnicos del mismo.

2. El Pleno de cada Cámara elegirá 4 Vocales, por mayoría de tres quintos de sus miembros, en la misma sesión en que se proceda a la elección de los 6 Vocales a los que se refiere el artículo el inmediatamente a continuación de ésta.

³⁷⁸ Art. 2.

cualificada de tres quintos en cada una de las cámaras. Se trata de la misma mayoría exigida para la designación de vocales del CGPJ o Magistrados del Tribunal Constitucional. Y de hecho el procedimiento se ha encontrado en algunas ocasiones con los mismos obstáculos, ya que a veces el bloqueo de un acuerdo sobre la renovación de alguna de las dos instituciones nombradas ha provocado por extensión el retraso en la renovación del Defensor del Pueblo, ya que para alcanzar los tres quintos siempre ha sido necesario el pacto entre los dos principales grupos parlamentarios y a menudo ese pacto ha sido conjunto sobre todos los cargos que estuvieran pendientes de renovar. Entre 1993 y 1994 Margarita Retuerto, que era la adjunta al Defensor, ocupó el cargo en funciones durante casi dos años, tal y como prevé el art. 5.4 de la Ley Orgánica. Lo mismo sucedió entre 2010 y 2012 cuando la vacante de Enrique Múgica no pudo ser cubierta por falta de acuerdo entre los partidos mayoritarios y desempeñó el cargo en funciones la adjunta al Defensor María Luisa Cava de Llano.

También parece difícil en este caso considerar el nombramiento como una parte de la función de control del Gobierno, aunque el desempeño del Defensor sí entre directamente en ese campo. No obstante, en el caso particular de esta institución sí se ha conseguido, en algunos casos más que en otros, un refuerzo de la legitimidad e

1. El Defensor del Pueblo será elegido por las Cortes Generales para un periodo de cinco años, y se dirigirá a las mismas a través de los Presidentes del Congreso y del Senado, respectivamente.

2. Se designará en las Cortes Generales una Comisión Mixta Congreso - Senado encargada de relacionarse con el Defensor del Pueblo e informar a los respectivos Plenos en cuantas ocasiones sea necesario.

3. Dicha Comisión se reunirá cuando así lo acuerden conjuntamente el Presidente del Congreso y del Senado, y en todo caso, para proponer a los plenos de las Cámaras el candidato o candidatas a Defensor del Pueblo. Los acuerdos de la Comisión se adoptarán por mayoría simple.

4. Propuesto el candidato o candidatas, se convocará en término no inferior a diez días al Pleno del Congreso para que proceda a su elección. Será designado quien obtuviese una votación favorable de las tres quintas partes de los miembros del Congreso y posteriormente, en un plazo máximo de veinte días, fuese ratificado por esta misma mayoría del Senado.

5. Caso de no alcanzarse las mencionadas mayorías, se procederá en nueva sesión de la Comisión y en el plazo máximo de un mes, a formular sucesivas propuestas en tales casos, una vez conseguida la mayoría de los tres quintos en el Congreso, la designación quedará realizada al alcanzarse la mayoría absoluta del Senado.

independencia de la figura designada. Al tratarse de un cargo unipersonal no resulta necesario conservar los equilibrios ideológicos y resulta más sencillo que los dos partidos mayoritarios alcancen un acuerdo sobre una figura que obtenga la aprobación de ambos. De hecho, cuando se han producido retrasos en la renovación se ha debido, como se ha mencionado, a un bloqueo más general de las negociaciones sobre un número más amplio de designaciones parlamentarias.

5. 2. 3. El Tribunal de Cuentas

El art. 136 de la Constitución establece el Tribunal de Cuentas como “supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado” y afirma que “dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas”. Pero el texto constitucional no regula el modo en que han de nombrarse los miembros de ese Tribunal y no señala expresamente que hayan de ser elegidos por las cámaras, dejando ese desarrollo a la Ley Orgánica del Tribunal. El procedimiento se desarrolla en el art. 30.1 de la Ley Orgánica 2/1982:

“Los Consejeros de Cuentas serán designados por las Cortes Generales, seis por el Congreso de los Diputados y seis por el Senado, mediante votación por mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras, por un período de nueve años, entre Censores del Tribunal de Cuentas, Censores Jurados de Cuentas, Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad y funcionarios públicos pertenecientes a Cuerpos para cuyo ingreso se exija titulación académica superior, Abogados, Economistas y Profesores

Mercantiles, todos ellos de reconocida competencia, con más de quince años de ejercicio profesional”.

Aparece de nuevo la mayoría de tres quintos y con ella las tradicionales dificultades para alcanzar consensos entre los grupos que ya hemos visto en designaciones de otros órganos. Como también se ha mencionado, varios de estos retrasos se han debido al bloqueo general de las negociaciones para renovar un conjunto más amplio de cargos que correspondía designar a las Cortes.

5. 2. 4. La Junta Electoral Central

Un caso algo más especial es de los cinco vocales catedráticos de la Junta Electoral Central, cuya designación corresponde al Congreso de los Diputados pero no de una manera directa. Según el art. 9.1 de la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General la Junta Electoral Central está compuesta por ocho Magistrados del Tribunal Supremo elegidos por el CGPJ y por:

“Cinco vocales catedráticos de derecho o de ciencias políticas y de sociología, en activo, designados a propuesta conjunta de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores con representación en el Congreso de los Diputados”

Y en cuanto al procedimiento, el mismo precepto establece que:

“Las designaciones a que se refiere el número anterior deben realizarse en los noventa días siguientes a la sesión constitutiva del Congreso de los Diputados. Cuando la propuesta de las personas previstas en el apartado 1.b) no tenga lugar en dicho plazo, la Mesa del Congreso de los Diputados, oídos los grupos políticos presentes en la

Cámara, procede a su designación, en consideración a la representación existente en la misma”.

Al no haber ninguna referencia expresa a una mayoría reforzada hay que entender que aquí sólo es precisa la mayoría simple, lo que implicaría que el grupo parlamentario de la mayoría, el que apoya al Gobierno, podría imponer sus votos para designar a los cinco miembros que corresponden al Congreso. Sin embargo, la práctica parlamentaria ha incluido esta renovación en los acuerdos de los grupos mayoritarios sobre todas las designaciones, por lo que generalmente el grupo del Gobierno ha repartido los cinco puestos con el principal grupo de la oposición³⁷⁹.

5. 2. 5. El Consejo de Administración de RTVE

El último caso de designación parlamentaria de cargos al que nos referiremos es el de los miembros del Consejo de Administración de la Corporación Radio Televisión Española. El art. 20.3 de la Constitución establece que:

“La Ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”

³⁷⁹ Como ejemplo de este reparto puede servir la última renovación de la Junta –hasta la fecha de redacción de estas líneas- que ha tenido lugar en julio de 2012 (RD 1106/2012 de 16 de julio) De los cinco Catedráticos designados por el Congreso, en el que el Partido Popular disfrutaba de mayoría absoluta, dos fueron propuestos por el Grupo Popular (Pedro González-Trevijano, Alfonso de Esteban), otros dos por el PSOE (Carmen Chinchilla y Pablo Santaolaya) y el quinto por CIU (Juan Manuel Trayter)

Este precepto no impone, obviamente, la designación parlamentaria de altos cargos de los medios de comunicación social dependientes del Estado. Pero el desarrollo legislativo, como en otros casos, ha optado por esa vía.

Así pues, según dispone el art. 11 de la Ley 17/2006:

“1. Los miembros del Consejo de Administración serán elegidos por las Cortes Generales, a razón de cinco por el Congreso de los Diputados y cuatro por el Senado, de entre personas de reconocida cualificación y experiencia profesional.

3. Los candidatos propuestos deberán comparecer previamente en audiencia pública en el Congreso y el Senado, en la forma que reglamentariamente se determine, con el fin de que ambas Cámaras puedan informarse de su idoneidad para el cargo. Su elección requerirá una mayoría de dos tercios de la Cámara correspondiente. Si transcurridas veinticuatro horas desde la primera votación en cada Cámara, no se alcanzare la mayoría de dos tercios, ambas Cámaras elegirán por mayoría absoluta a los miembros del Consejo de Administración de la Corporación RTVE en los términos del apartado 1 de este artículo.

4. El Congreso de los Diputados designará, de entre los nueve consejeros electos, al que desempeñará el cargo de Presidente de la Corporación RTVE y del Consejo. Tal designación requerirá una mayoría de dos tercios de la Cámara. Si transcurridas veinticuatro horas desde la primera votación no se alcanzare la mayoría de dos tercios, el Congreso de los Diputados designará por mayoría absoluta al Presidente de la Corporación RTVE y del Consejo”.

El procedimiento establecido en la ley de 2006 ha sido reformado en algunos puntos relevantes por el Real Decreto Ley 15/2012 de 20 de abril, con el que el Gobierno pretendía resolver la situación de bloqueo e interinidad creada por la dimisión

del Presidente del Consejo en julio de 2011 seguida por la dos de los Consejeros. Y es interesante que en la Exposición de Motivos del Real Decreto se haga una mención expresa al inconveniente de las mayorías reforzadas en las designaciones parlamentarias:

“(…) la designación de los miembros del Consejo de Administración y del Presidente de la Corporación RTVE que regula la Ley 17/2006 basada en un sistema de mayorías reforzadas en las Cortes Generales, ha demostrado ser ineficaz puesto que no permite renovar el Consejo de Administración con la agilidad necesaria para evitar que se paralice el funcionamiento de la Corporación. La reforma del sistema de designación que se regula en el presente Real Decreto-ley permite que si no se logra la mayoría de dos tercios para la elección de los miembros del Consejo de Administración de la Corporación RTVE en la Cámara correspondiente, la votación se repita transcurridas veinticuatro horas. En este caso, cada Cámara elegirá, por mayoría absoluta, a los consejeros que les corresponda. Para designar al Presidente del Consejo de Administración y de la Corporación RTVE, se aplicará un mecanismo similar, de modo que si no se logra la mayoría de dos tercios en el Congreso de los Diputados, la designación pueda llevarse a cabo por mayoría absoluta, transcurridas veinticuatro horas”.

Como era de esperar, este importante cambio no fue interpretado por la oposición política como un intento de mejorar o agilizar el sistema de nombramientos sino como un modo de imponer la mayoría absoluta y esquivar la necesidad de consenso impuesta por la legislación anterior (y, como hemos visto, por la mayor parte de las normas que regulan las designaciones parlamentarias)

5. 3. LA OBLIGACIÓN DE CONSULTAR A LAS CÁMARAS EL NOMBRAMIENTO DE ALTOS CARGOS EN LA LEY 5/2006 DE 10 DE ABRIL

Además de los cargos cuya designación corresponde a las cámaras se ha ido abriendo también paso en nuestra legislación otro tipo diferente de intervención parlamentaria consistente en que el nombramiento para algunos puestos corresponde al Gobierno pero es preceptiva una comparecencia previa del candidato ante la Comisión de Nombramientos del Congreso, sin que el dictamen de dicha Comisión sea vinculante para el nombramiento final. Esta clase de trámites venía incluido en diversas leyes sectoriales pero han sido posteriormente unificados por la Ley 5/2006 de 10 de abril de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. El artículo 2 de dicha ley establece que:

“1. El Gobierno, con carácter previo al nombramiento del Presidente del Consejo de Estado, pondrá en conocimiento del Congreso de los Diputados el nombre de la persona propuesta para el cargo a fin de que pueda disponer su comparecencia ante la comisión correspondiente de la Cámara, en los términos que prevea su Reglamento.

2. El mismo procedimiento será seguido en relación con los nombramientos de las personas que vayan a ser designadas máximos responsables en los organismos reguladores o de supervisión incluidos en el artículo 3.2 k³⁸⁰, presidentes del Consejo Económico y Social; del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Agencia EFE,

³⁸⁰ El presidente y los vocales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de la Comisión Nacional de Energía, el presidente, los consejeros y el Secretario General del Consejo de Seguridad Nuclear, así como el presidente y los miembros de los órganos rectores de cualquier otro organismo regulador y de supervisión.

director de la Agencia de Protección de Datos y director general del Ente Público Radiotelevisión Española.

3. La comisión parlamentaria del Congreso de los Diputados examinará, en su caso, a los candidatos propuestos. Sus miembros formularán las preguntas o solicitarán las aclaraciones que crean convenientes. La comisión parlamentaria emitirá un dictamen en el que establecerá si se aprecia o no la existencia de conflicto de intereses”.

La verdad es que resulta algo confuso que el precepto limite el objeto del dictamen de la Comisión a la posible existencia de un conflicto de intereses. En algunas de las leyes anteriores a las que nos hemos referido –y en algunas posteriores de sentido similar- se habla también de la necesidad de examinar la idoneidad o capacidad técnica del candidato³⁸¹.

Y en este caso sí que parece fácil calificar la naturaleza jurídica de esta intervención como parte de la función clásica de control del Gobierno, ya que se trata en todos los casos de nombramientos que corresponden al Ejecutivo. De hecho, algunos autores han manifestado sus reservas sobre este procedimiento al considerar que supone una intrusión excesiva o injustificada del parlamento en una potestad del Gobierno³⁸²

³⁸¹ Así en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia o en la 23/2007 de la Comisión Nacional del Sector Postal

³⁸² Santaolalla señala además sus temores de que esta extensión de funciones de las cámaras puedan provocar que se “gane en cantidad y se pierda en calidad” y considera que la introducción de estos procedimientos se ha realizado con excesiva precipitación. SANTAOLALLA y PAUNER (2010) p. 43.

5. 4. NATURALEZA Y EFICACIA DE LA FUNCIÓN PARLAMENTARIA DE INTEGRACIÓN DE OTROS ÓRGANOS.

Como hemos visto no hay un acuerdo doctrinal claro sobre la naturaleza de la función parlamentaria que estamos revisando, aunque sí parece generalizada la idea de que no puede apuntarse a una sola de las funciones clásicas. Y también parece común un cierto juicio crítico sobre el modo en que, de hecho, se han desarrollado los procedimientos de designación parlamentaria en nuestro sistema constitucional.

Podría incluso decirse que las Cortes parecen haber perdido su prestigio como órgano de legitimación de esos nombramientos ante la constatación de que lo que acaba produciéndose es una politización de los mismos a través del conocido método de las cuotas o *lottizzazione*. Algunas de las reservas doctrinales que algunos autores señalaban en los primeros años –cuando parecía que sólo las cámaras podían aportar esa legitimidad democrática a los nombramientos- parecen cobrar ahora mayor fuerza. López Guerra³⁸³ recordaba que dado que todos los posibles sujetos legitimadores responden –en mayor o menor medida- al principio democrático, pueden resultar bastante intercambiables.

De hecho esta politización ha afectado enormemente a la eficacia de la función integradora de nuestro parlamento. Y no solo por las mencionadas cuotas sino también por los graves retrasos y bloqueos que el sistema ha provocado. No parece exagerado afirmar que en la actualidad la opinión pública suele considerar la intervención parlamentaria en estas designaciones como una garantía de politización y retrasos más que como una sistema de control o legitimación.

³⁸³ LÓPEZ GUERRA (1988) p. 80. citado en SANTAOLALLA y PAUNER (2010) p. 59.

Y esto refuerza la línea argumental de este trabajo, referido al procedimiento parlamentario de designación de los Magistrados del Tribunal Constitucional. El análisis general de la función integradora de nuestras Cortes Generales parece insuficiente. Y el argumento de la legitimación democrática no es basta para mantener sin mayor crítica el actual procedimiento, incluso después de las reformas –las comparecencias ante la Comisión de Nombramientos- que han tratado de mejorarlo. Es necesario estudiar a fondo de modo específico –con abstracción de la naturaleza genérica de esa función de integración- el sentido del control parlamentario de los nombramientos de Magistrados del Tribunal.

6. EL NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

6. 1. LA DISCUSIÓN EN LAS CORTES CONSTITUYENTES

Al igual que sucediera en los debates de las Cortes Constituyentes de 1931 con el Tribunal de Garantías Constitucionales –aunque probablemente por diferentes motivos- el Tribunal Constitucional fue uno de los órganos constitucionales cuyo diseño pareció plantear menos problemas y sobre el que pronto fue posible alcanzar un acuerdo político. También como sucediera entonces, las cuestiones territoriales –la redacción del Título VIII- se convirtieron en el punto más delicado sobre el que era necesario armar el consenso y la discusión sobre el Tribunal y su composición no resultó excesivamente compleja³⁸⁴.

Como es sabido el art. 159 del texto constitucional, en el que finalmente quedaría establecida la composición del Tribunal, se inspiró en diversos modelos de derecho comparado. Los más importantes de ellos eran la Corte Constitucional de Italia de 1947 y el Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 1949. También tuvieron influencia los textos constitucionales austriaco de 1920, el de la Francia de la V República de 1958 y el de Portugal de 1976. Obviamente, el precedente inmediato en España era el ya estudiado Tribunal de Garantías Constitucionales de 1931.

³⁸⁴ Sobre este particular, afirma Rubio Llorente que “El debate del Título IX de la Constitución, el que regula el Tribunal Constitucional, no dio lugar ni en el Congreso ni en el Senado, ni en las sesiones de la Comisión ni en las plenarias, a enfrentamientos enconados ni a posturas cerradas. Todas las enmiendas presentadas frente al proyecto original tuvieron un carácter exclusivamente técnico y todos sus artículos fueron adoptados prácticamente por unanimidad, aunque como cabía esperar, el Partido Comunista, el más roussoniano de todos nuestros partidos, los votara sin entusiasmo o, para emplear las palabras de su portavoz “con un entusiasmo perfectamente descriptible” en RUBIO LLORENTE, F (1982) p. 34.

En la discusión constituyente de 1978 se reflejaron, de manera bastante atenuada por el amplio acuerdo sobre la necesidad de la institución, las discusiones que ya habían tenido lugar después de la guerra a propósito de los tribunales italiano y alemán³⁸⁵. También en este caso se ha hablado de mimetismo³⁸⁶ o inercia, como se decía de los constituyentes del 31, pero en un grado mucho mayor. Y es claro que los modelos de control de constitucionalidad que ofrecía el derecho comparado en 1978 estaban mucho más afinados que los de cincuenta años antes y, sobre todo, las cortes constituyentes de 1978 estaban más equilibradas políticamente que las de 1931 y no dominaba en ellas el ideal rousseauiano radical que sí distinguía a las republicanas haciéndoles desconfiar por definición de cualquier clase de control de constitucionalidad que pudiera limitar la soberanía del parlamento. En cualquier caso, prácticamente no llegó a plantearse el debate en torno al modelo de justicia constitucional y se optó, como asumiendo una evidencia³⁸⁷, por el sistema del control concentrado aunque con algunos rasgos propios del modelo alternativo de control difuso (esencialmente, el recurso de amparo)

Por lo que respecta al objeto de este trabajo, es claro que la composición del Tribunal se delineó en el texto constituyente con mucha más precisión que en la Constitución de 1931 ya analizada. De hecho, la exigencia de una mayoría parlamentaria específica en el art. 159 CE supuso concretar más que la mayor parte de los textos constitucionales vigentes en el ámbito de derecho comparado del que tomaba sus referencias el nuevo Tribunal.

Incluso dentro del mismo texto otro órgano constitucional decisivo y de nueva incorporación, el Consejo General del Poder Judicial, su composición se establecía más

³⁸⁵FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1990) pp. 145-193.

³⁸⁶VEGA GARCÍA, P. (1984) p. 229.

³⁸⁷ALZAGA VILAAMIL, O. (2003) pp. 149-180 p. 149.

indefinidamente. Como es sabido, el hecho de que el art. 122 CE delegara en la futura Ley Orgánica de desarrollo el modo en que habrían de elegirse los vocales de procedencia judicial daría lugar a una de las polémicas más importantes de nuestro vigente sistema constitucional, generándose una fuerte discusión política y doctrinal sobre la independencia del Consejo que a día de hoy sigue sin haber sido resuelta.

El hecho de que los constituyentes optaran por una designación parlamentaria de los Magistrados del Tribunal no suponía una importante novedad. Ya hemos visto que la Constitución del 31 incorporaba de alguna forma –bastante deficiente– ese control parlamentario. Pero sobre todo, era una referencia clara y ya asentada en algunos de los países que en 1978 sirvieron a España como referencia (Italia y Alemania especialmente, pero en general todos los de nuestro entorno) Tampoco el mandato de nueve años (como el de Italia, Francia o Portugal) era novedoso. Por el contrario, como señala Alzaga³⁸⁸, sí resultaba más novedoso confiar al Gobierno y al Consejo General del Poder Judicial de cuatro de los doce Magistrados. El único precedente similar, por lo que se refiere al privilegio otorgado al Gobierno, era el del constitucionalismo austríaco. En el caso del órgano de gobierno de los jueces, el procedimiento era por completo de nuevo cuño.

El mismo Alzaga, explica³⁸⁹ que las razones de esta originalidad no fueron técnicas o teóricas si no más bien de cálculo político. El partido gobernante, la UCD, confiaba en mantenerse en el Gobierno durante más tiempo del que durase su mayoría parlamentaria y poder disponer del nombramiento de dos magistrados del Tribunal le

³⁸⁸ ALZAGA, ÓSCAR (2003) p. 160.

³⁸⁹ ALZAGA, ÓSCAR (2003) p. 161. En el artículo citado cuenta el autor que la última reunión de los miembros de la Ponencia –de la que Alzaga formaba parte– antes del acuerdo final sobre el 159 CE se celebró en una sala de reuniones de su propio despacho de abogados el 13 de junio de 1978, lo que le permite dar testimonio de las razones de unos y de otros.

permitiría controlar más de cerca los primeros y vitales años de desarrollo de la Constitución. Lo mismo podía decirse con respecto a los dos Magistrados designados por el Consejo, en que podía esperarse que los partidos de izquierda tendrían una menor representación que el centro derecha por la sencilla razón de que los jueces que previsiblemente iban a elegir a los vocales habían hecho su carrera en el régimen anterior.

Sobre el número de miembros que habrían de integrar el Tribunal, en el art. 150.1 del Anteproyecto³⁹⁰ sólo había otorgado al Senado la capacidad de nombrar a tres miembros, a diferencia de los cuatro que correspondían al Congreso. De todas las enmiendas que se presentarían a este precepto, la Ponencia sólo admitió finalmente la que proponía añadir un Magistrado más a los que correspondían al Senado para igualar el papel de ambas cámaras, lo que ya no sería posteriormente modificado. De ese modo se fijó el número par de doce que obligaba a conceder al Presidente un voto de calidad para resolver los empates.

Y esas mismas valoraciones políticas a las que ya se ha aludido impidieron también alcanzar un acuerdo sobre la elevación a quince del número de Magistrados, lo que a muchos parecía conveniente para facilitar el trabajo del Tribunal al ser posible constituir más Salas. Se habría seguido de esa manera el modelo de la corte constitucional italiana, en la que el número de quince magistrados permitía la constitución de tres salas cada una de ellas con un número impar de miembros, lo que habría aumentado en un cincuenta por ciento la capacidad de resolución de asuntos simultáneos por parte del Tribunal. Pero eso suponía decidir nombrar a tres Magistrados

³⁹⁰ Boletín Oficial de las Cortes, num. 44, 5 de enero de 1978, p. 696. “El Tribunal Constitucional se compone de once miembros nombrados por el Rey, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros, tres a propuesta del Senado por idéntica mayoría, dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial”.

más, siendo cuatro los órganos designantes (Congreso, Senado, CGPJ y Gobierno). Y no fue posible alcanzar un acuerdo sobre cuál de los cuatro debía “perder” su derecho a otro Magistrado.

En el Senado se presentaron también algunas otras enmiendas que otorgaban al Rey la capacidad de nombrar algunos Magistrados, proponían de nuevo aumentar a quince el número total de los mismos o concedían a otros colectivos la capacidad de intervenir en la designación –como lo habían hecho los Colegios de Abogados o las Facultades en el Tribunal de Garantías republicano. Ninguna de ellas sería aprobada y ya no se alteraría en este punto el texto que había aprobado la Ponencia.

Fernández Segado³⁹¹ ha resumido el proceso afirmando que la inercia de los consensos alcanzados por los partidos mayoritarios en el seno de la Ponencia y la Comisión Constitucional del Congreso impidió sacar adelante algunas modificaciones sobre las que se podía haber alcanzado un acuerdo y que podrían haber mejorado la composición del Tribunal. En cualquier caso, conviene recordar que el Tribunal Constitucional Federal Alemán tiene también un número par de magistrados (16) para equilibrar las designaciones del Bundestag y el Bundesrat, el mismo motivo que resultaría decisivo en el caso español.

Así pues, finalmente todo el mundo pareció estar de acuerdo en que los tres poderes clásicos del Estado intervinieran en la designación de Magistrados del Tribunal Constitucional. Como se ha dicho la intención del partido gobernante, la UCD, era más práctica que teórica a conseguir mantener a través de los debates a los cuatro magistrados de procedencia no parlamentaria. Los partidos de la izquierda se conformaron con defender que la cuota mayoritaria correspondiera al legislativo y

³⁹¹ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1990) p. 149.

algunos nacionalistas intentaron –sin éxito– que las Comunidades Autónomas pudieran tener una intervención más directa en la elección de los Magistrados que correspondía designar al Senado.

El principal grupo de oposición, el Grupo Parlamentario Socialista, aprobó la redacción final del entonces 153.1 CE (actual 159) con una intervención³⁹² de su portavoz, Gregorio Peces-Barba en la que se insistía en el avance que suponía el nuevo sistema de nombramientos en relación al que se había otorgado al Tribunal de Garantías de la II República: “Entendemos que sobre todo los cuatro Magistrados propuestos por el Congreso y nombrados por el Rey y los cuatro propuestos en la misma forma por el Senado, al ser elegidos por los dos órganos que representan la soberanía nacional, tienen una composición mucho más democrática que cualquiera de los viejos sistemas de elección corporativa, como las propuestas hechas por Universidades o por Colegios de Abogados”.

El Gobierno defendió entonces su original opción de otorgar nombramientos al Gobierno y al CGPJ afirmando que de ese modo el Tribunal Constitucional se convertía en un órgano de integración del Estado al estar designados sus miembros por los tres poderes del mismo³⁹³.

El texto final del 159.1 quedaba redactado sin ninguna variación sobre el Anteproyecto:

³⁹² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, num. 115, 20 de julio de 1978, p. 4516. Citado en ALZAGA VILLAAMIL, O. (2003) p. 166. Destaca Alzaga lo llamativa que resulta la omisión a los cuatro Magistrados designados por el Gobierno y el Consejo. En cualquier caso, esta oposición a los Magistrados de procedencia corporativa responde a las mismas reservas que llevarían a la reforma de la elección de Vocales del CGPJ en 1985 que otorgaría a las Cámaras el poder de designación dado inicialmente a los jueces.

³⁹³ Este enfoque teórico se asentaría en los años siguientes por encima de las circunstancias políticas concretas que dieron origen al procedimiento. Así en el propio PECES BARBA, G. (1981) p. 213. O el primer Presidente del Tribunal Constitucional y prestigioso constitucionalista GARCÍA PELAYO, M. (1980) p. 29.

“El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial”.

Y con respecto a los requisitos para acceder al cargo, el párrafo 2 disponía que:

“Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional”.

En general, puede decirse que la impresión general que producía este Tribunal y el modo de designación de sus miembros era positiva. En palabras de Cruz Villalón³⁹⁴, que tendría el honor de ser uno de los primeros Presidentes, “las decisiones tomadas en el nivel constitucional en 1978 revelaban sabiduría y sentido común, lo mismo desde la perspectiva funcional que desde la orgánica. Doce juristas “de reconocida competencia”, elegidos por un periodo de tiempo considerable y de manera ponderada por los restantes órganos constitucionales, casi todos por una mayoría cualificada, debían asegurar de manera independiente e imparcial nada menos que la normatividad de la Constitución, especialmente desde las perspectivas de la actividad del legislador, de los derechos fundamentales y, por fin, de la distribución territorial de los poderes públicos. Nada menos, cabría añadir hoy, con mayor conocimiento de causa. No era una fórmula acusadamente original, pero su imitación tras la eclosión constitucional europea de 1989 probaría que nos estábamos situando en el buen camino”.

³⁹⁴ CRUZ VILLALÓN, P. (2009) p. 5.

6. 2. LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2/1979.

El Título IX de la Constitución, tan pacíficamente elaborado, terminaba con el art. 165:

“Una Ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones”

Es claro que la remisión al legislador orgánico dejaba un margen muy amplio para el desarrollo legislativo y, por lo que respecta a nuestro trabajo, no determinaba en absoluto el procedimiento parlamentario que habría de seguirse para el nombramiento de los Magistrados a los que se refería el art. 159.

La cuestión se resolvió muy pronto en la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre. Al igual que sucedió con el propio Título IX del texto constitucional, la Ley Orgánica se aprobó con relativa facilidad y sin grandes polémicas³⁹⁵. De hecho, la única enmienda presentada a lo largo del iter legislativo fue para proponer que se añadiera “parlamentarias” al término “Cámaras”. El texto del precepto aprobado para desarrollar la composición del Tribunal fue breve. Según el art. 16 de la LOTC:

³⁹⁵ Rubio Llorente, que formó parte del grupo de personas que preparó el Anteproyecto, lo cuenta de esta manera: “El anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Garantías, preparado por la Subcomisión Técnica integrada por los señores Pérez Serrano, Cuevas, Liado, Alcalá Zamora y Luna fue entregado al Gobierno de la República en agosto de 1932, pero éste no lo presentó al Congreso hasta mayo de 1933 y esto sólo como consecuencia de las presiones ejercidas por la oposición y como medio para poner fin al obstruccionismo de ésta. Por el contrario, en nuestra época, el Anteproyecto de Ley Orgánica que por encargo del Ministerio de Justicia preparamos Jerónimo Arozamena, Eduardo García de Enterría y yo mismo, fue entregado al Gobierno en marzo de 1979; presentado por éste a las Cortes en el mes de mayo y tramitado con tanta rapidez que el 3 de octubre ya estaba la Ley en las páginas del Boletín Oficial del Estado”. En RUBIO LLORENTE, F. (1982) p. 34.

“Los Magistrados del Tribunal Constitucional serán nombrados por el Rey, a propuesta de las Cámaras, del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial, en las condiciones que establece el art. 159.1 de la Constitución”.

Y lo llamativo es que no puede encontrarse en ningún otro lugar de la Ley Orgánica mención alguna a la composición del Tribunal. Da la impresión de que habría sido misión del 16 LOTC desarrollar el 159 CE, pero la Ley Orgánica sólo dedica esas tres líneas a la cuestión y remite a “las condiciones que establece el art. 159.1 de la Constitución”. Y puede calificarse de sorprendente porque la mayor parte de las leyes de desarrollo de nuestro entorno sí concretan con mayor o menor detalle³⁹⁶ el modo en que han de elegirse los miembros de los órganos de control de constitucionalidad.

Así pues, la solución del legislador orgánico fue delegar la regulación de ese procedimiento a las respectivas leyes de desarrollo de los órganos a los que corresponde nombrar a esos Magistrados: los Reglamentos del Congreso y el Senado, la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial y las normas que regularan el nombramiento de cargos por el Gobierno (que no estaban en aquel momento claramente definidas)

La mayor parte de la doctrina no ha sido crítica con esta solución que podría parecer algo más dispersa o menos elegante técnicamente, pero que permite una gran flexibilidad que ha sido aprovechada posteriormente para retocar el modelo en varias ocasiones. También se ha mencionado la conveniencia de respetar así la potestad reglamentaria de las Cámaras para permitir a éstas diseñar a su conveniencia los procedimientos de elección³⁹⁷. En general parece haber también un cierto acuerdo sobre el hecho de que la garantía más importante en el procedimiento de nombramiento es la

³⁹⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1990) p. 153-154.

³⁹⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1990) p. 154.

necesidad de una mayoría reforzada de tres quintos³⁹⁸ de los miembros de cada cámara para la elección de los ocho Magistrados que corresponden a éstas, lo que sí fue previsto específicamente en el 159.1 CE.

Obviamente, la opción de trasladar a las leyes de desarrollo la cuestión procedimental sí que planteaba un problema práctico inmediato, y era el de la necesidad de que los nuevos Reglamentos de las Cámaras fueran aprobados, así como la nueva Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial (que así se llamaría inicialmente antes de transformarse en 1985 en la Ley Orgánica del Poder Judicial, de mucho mayor alcance).

Para solucionar los posibles problemas que pudieran plantear los retrasos en la aprobación de estas normas, la Disposición Transitoria Primera incluía en su párrafo 2 la siguiente disposición:

“El Tribunal se constituirá dentro de los quince días siguientes a la fecha de publicación de los últimos nombramientos, si todas las propuestas se elevasen dentro del mismo período de sesiones. En otro caso se constituirá y comenzará a ejercer sus competencias, en los quince días siguientes, al término del período de sesiones dentro del que se hubiesen efectuado los ocho primeros nombramientos, cualquiera que sea la razón que motive la falta de nombramiento de la totalidad de los magistrados previstos en el artículo 5 de esta Ley”.

En cualquier caso, parece claro que a lo largo del procedimiento de aprobación de la Ley Orgánica, al igual que había sucedido con el propio debate constituyente en torno al art. 159 CE, no se planteó -ni entre los legisladores ni entre la doctrina- el modo en que habría de realizarse el control parlamentario del nombramiento de los

³⁹⁸ RUBIO LLORENTE, F. (1982) p. 34.

Magistrados del Tribunal, de lo que puede deducirse que se daba más importancia al hecho mismo de que fueran las cámaras las encargadas de tal función, con lo que ello implicaba de legitimidad democrática, más que a lo que en concreto podían éstas aportar al modo de funcionamiento del Tribunal por medio de un procedimiento específico de designación (como hemos visto que se ha ido desarrollando en el caso norteamericano).

6. 3. EL NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS POR EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. LA RESOLUCIÓN DE LA PRESIDENCIA DEL CONGRESO DE 7 DE FEBRERO DE 1980. PRIMER NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS.

Como es lógico, el Reglamento provisional del Congreso de los Diputados aprobado en octubre de 1977 no preveía en modo alguno el nombramiento de Magistrados del Tribunal Constitucional. Tras la aprobación de la Constitución, fue necesaria una Resolución de la Presidencia del Congreso³⁹⁹ que resultaría la norma aplicable para las propuestas de Magistrados que correspondían al Congreso así como las de Vocales del Consejo General del Poder Judicial. La propia resolución explica de modo muy conciso su necesidad así como la conformidad de la Mesa y la Junta de Portavoces:

“Vista la necesidad de regular el procedimiento de propuesta y elección por el

Congreso de los Diputados de vocales o miembros de órganos o instituciones, exigida por disposiciones constitucionales o legales, la Presidencia de la Cámara, oídas

³⁹⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, I Legislatura, Serie H, 28-I, 9 de febrero de 1980.

la Mesa y la Junta de Portavoces del Congreso, que han prestado su conformidad, ha dictado la siguiente Resolución”

El procedimiento diseñado era bastante sencillo:

- “1. Las propuestas se acordarán por el Pleno de la Cámara.
2. Cada Grupo Parlamentario podrá proponer un máximo de cuatro candidatos.
3. Los Diputados podrán escribir en la papeleta hasta cuatro nombres.
4. Resultarán elegidos aquellos cuatro candidatos que más votos obtengan, siempre que hayan conseguido, como mínimo, cada uno, 210 sufragios.
5. “Si en la primera votación no se cubrieran los cuatro puestos con los requisitos a que se refiere la norma anterior, se realizarán sucesivas votaciones, en las que se podrá reducir progresivamente el número de candidatos a partir de un número no superior al doble del de puestos a cubrir. En estas votaciones sucesivas se podrá incluir en las papeletas un número de candidatos igual que el de puestos a cubrir. La Presidencia podrá, si las circunstancias así lo aconsejan, interrumpir por un plazo prudencial el curso de las votaciones.
6. Los posibles empates, con relevancia a efectos de la propuesta, se dirimirán en otra votación entre los que hubieran obtenido igual número de votos”.

En el debate del primer nombramiento de Magistrados, el Presidente manifestó a la Cámara⁴⁰⁰ que la Junta de Portavoces había acordado que la relación de los Magistrados propuestos por los Grupos Parlamentarios se presentaría por orden alfabético “con el objeto de que en el trámite formal se mantenga lo que debe ser para

⁴⁰⁰ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, num. 60, 30 de enero de 1980, pp. 4094-4095.

magistrados de estas características, que es el no tener afección o vinculación respecto de Grupos proponentes”.

Hace notar Fernández Segado⁴⁰¹ lo ingenuo de esta afirmación, ya que obviamente no cabría duda alguna entre los señores Diputados que habrían de decidir entre los nombres propuestos sobre qué Grupo Parlamentario habría propuesto a cada uno de ellos. Pero no deja de ser interesante notar que ya desde el principio puede notarse en el procedimiento de nombramiento que el Congreso está realizando un papel de integración o de legitimación del Tribunal Constitucional actuando como poder legislativo del Estado, pero casi en una especie de posición abstracta de poder o de representación. Como si el hecho de que el legislativo participara en el nombramiento del Tribunal traspasara a éste parte de su legitimidad. Pero parece como si se quisiera hacer esto separando al Tribunal del componente “político” o partidista que es inherente por definición a una cámara parlamentaria moderna.

Desde luego, no se aprecia en las palabras del Presidente ya citadas, que recogen lo acordado por la Junta de Portavoces, ningún respeto por lo que una discusión “política” sobre los méritos de los candidatos pudiera aportar al procedimiento de nombramiento de Magistrados o al Tribunal mismo.

Pueden hacerse varios comentarios sobre el modo de elección previsto en la Resolución. El hecho de que un Grupo Parlamentario pueda proponer a cuatro candidatos, siendo éste el número de Magistrados a nombrar, permite que un solo partido que gozara de la mayoría de tres quintos prevista en la Constitución pueda sacar adelante todos los nombramientos sin necesidad de obtener el consenso de ninguna otra fuerza política. En principio, lo normal sería que un sistema proporcional como el

⁴⁰¹ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1990) p. 156.

español no concediera nunca 210 escaños a un solo grupo, y con esa idea se redactó la norma del art. 159 CE. Pero las elecciones de 1982 demostraron que las fuertes correcciones mayoritarias que tiene nuestro sistema electoral pueden llevar, en circunstancias excepcionales, a un resultado que permita al partido ganador alcanzar la mayoría reforzada de los tres quintos.

En cualquier caso, habría varias formas de evitar esta consecuencia si se considerara indeseable.

La más sencilla sería limitar el número de magistrados que pudiera proponer cada grupo. Si esa cifra se reduce a tres, se deja un margen para que otros partidos pudieran negociar para conseguir hacerse con el nombramiento del cuarto candidato.. Otra opción sería reducir el número de votos de los que dispone cada Diputado para escoger entre los cuatro propuestos por cada Grupo. En este caso, se correría el riesgo de que ningún candidato alcanzara la mayoría requerida y pudiera bloquearse la elección indefinidamente.

6. 3. 1. La primera sesión de nombramientos: el debate del 30 de enero de 1980 en el Congreso

El miércoles 30 de enero de 1980⁴⁰² se realizaría la primera elección. Los partidos mayoritarios, UCD y PSOE sumaban un total de 289 escaños y habían alcanzado un acuerdo previo, lo que hacía suponer que ambos Grupos Parlamentarios

⁴⁰² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, num. 60, 30 de enero de 1980, pp. 4094-4098..

realizarían la misma propuesta de Magistrados y éstos alcanzarían la mayoría de tres quintos necesaria.

Según explicó el Presidente del Congreso a pregunta del Diputado Santiago Carrillo antes de comenzar la votación, los Grupos que habían realizado propuestas de nombramientos habían sido el de UCD, el PSOE y la Minoría Catalana⁴⁰³. Fue en ese momento cuando el Presidente reveló el acuerdo de la Junta de Portavoces ya mencionado que establecía que los candidatos serían propuestos al Pleno de la Cámara para su votación por orden alfabético, sin que se especificara cuál era el Grupo del que provenía la propuesta de cada uno.

Los resultados de la votación fueron los siguientes:

- Francisco Rubio Llorente: 255 votos
- Manuel Díez de Velasco: 254 votos
- Francisco Tomás y Valiente: 250 votos
- Aurelio Menéndez y Menéndez: 248 votos
- Ignacio Gispert y de Jordá: 10 votos.

Además, se escrutaron 30 votos en blanco y cuatro nulos.

A la vista de los resultados, parecía claro que los cuatro candidatos que habían obtenido en torno a los 250 votos eran los pactados por los dos grupos mayoritarios.

⁴⁰³ El tenor literal de la pregunta y la respuesta fue el siguiente:

El señor CARRILLO SOLARES : ¿Sería tan amable de decirnos qué Grupos Parlamentarios han hecho las propuestas?

El señor PRESIDENTE: El señor Carrillo podrá hacer la propuesta, pero el acuerdo inicial de la Junta de Portavoces, como podrá saber -aunque veo que no está el representante de su Grupo en la Junta de Portavoces-, fue que, con objeto de que el trámite formal se produjera sin referencias a eventuales propuestas que pudieran tener sentido ideológico o político, la relación de candidatos antes de la votación se haría por orden alfabético de los propuestos, con objeto de que en el trámite formal se mantenga lo que debe ser para Magistrados de estas características, que es el no tener afección o vinculación respecto de Grupos proponentes”

Gispert y Jodrá obtuvo los votos de los Diputados de la Minoría Catalana que lo había propuesto como candidato y alguno más (la Minoría Catalana tenía 8 Diputados). Los votos en blanco procedían presumiblemente del Grupo Comunista, que no había propuesto candidatos (ya que no tenía ninguna posibilidad de sacarlos adelante) y que contaba con 23 escaños.

Lo que resulta más llamativo de este modo de proceder es el hecho de que un Diputado tuviera que preguntar al Presidente qué Grupos habían propuesto a los candidatos. Y más sorprendente aún puede resultar el hecho de que –tal y como estaba armado el sistema- los Diputados que no formaran parte de los Grupos mayoritarios no tendrían por qué saber antes del mismo día de la votación cuáles eran los nombres y los méritos de las personas propuestas. Por supuesto, la realidad es que el acuerdo alcanzado por UCD y PSOE había tenido lugar días antes de la votación y los nombres habían pasado ya a la opinión pública. Y en cualquier caso, se trataba de juristas de prestigio cuyos méritos eran conocidos. Pero vuelve a notarse de nuevo que el papel de la Cámara es el de dotar al Tribunal de una legitimidad que podríamos llamar “instantánea”, por proceder del toque sagrado que otorga el Congreso a esos 4 Magistrados al hacerles partícipes de su legitimidad democrática. Pero en ningún caso el propio procedimiento sirve para finalidad alguna, ni desde el punto de vista de los propios candidatos ni desde el de la opinión pública, ya que de hecho puede considerarse que prácticamente no existe.

En realidad, los representantes de los grupos minoritarios criticaron con fuerza ese modo de proceder ya en el mismo debate de nombramiento.

Así, el representante del principal grupo que quedaba excluido del acuerdo, Jordi Solé Tura, del Partido Comunista, atacó con serenidad pero con fuerza el modo de

proceder de UCD y PSOE, aunque no a los candidatos finalmente propuestos por la Cámara al Rey para su nombramiento:

“Hemos votado en blanco para dejar bien claro que no tenemos específicamente nada en contra de algunas de las personalidades cuyos nombres han sido propuestos; al contrario, pensamos que algunas de ellas, no todas, merecen el máximo aprecio por su condición de juristas y por su trayectoria cívica; pero hemos votado en blanco por el método que se ha seguido.

Es decir, una decisión de este tipo, a nuestro entender, debería ser una decisión unánime de la Cámara, porque el Tribunal Constitucional va a nacer con muchos inconvenientes, con muchas incógnitas y muchos interrogantes...

Pensamos que es un Tribunal que va a correr el tremendo riesgo de la politización, y que va a tener que enfrentarse con tareas a menudo complicadas, como la puesta en marcha de las Autonomías; y es necesario, en consecuencia, que los miembros de este Tribunal se sientan arropados por el mayor posible consenso de esta Cámara, y para ello es necesario que este consenso exista. Pero ocurre que una parte de esta Cámara, y nuestro Grupo muy concretamente, se ha enterado en gran parte de los nombres que se iban a proponer por la prensa y éste es un sistema malo, es un sistema deficiente”.

Resulta interesante detenerse un momento en esta intervención, porque contiene dos críticas distintas sobre el procedimiento, que en cierto sentido podrían considerarse contradictorias.

Por un lado se afirma la necesidad de que el Tribunal Constitucional tenga unos Magistrados que sean elegidos “por unanimidad”. Y se conecta así con la exigencia de legitimidad absoluta, o con la desconfianza rousseaniana de la que ya se ha hablado en

varias ocasiones, y que es una objeción tradicionalmente más fuerte en los partidos situados más a la izquierda del espectro político en las democracias occidentales. Y desde un punto de vista práctico, es obvio que exigir la unanimidad bloquearía casi con toda seguridad los nombramientos.

Pero por otro lado, se queja Solé Tura de la falta de información con respecto a los candidatos. Y esto sí es una crítica práctica al sistema de nombramientos y al papel del Congreso como elemento de control del ejercicio del poder político. Desde luego, si los Diputados que han de decidir sobre los méritos de los candidatos –lo que, como veremos, no es sólo un control técnico-jurídico- no tienen conocimiento previo de los nombres ni de los historiales personales y profesionales, y –lo que es más importante- no tienen tiempo para estudiar a cada uno de ellos y preparar el debate de “confirmación” (por utilizar el término de la tradición norteamericana) el control que puede ejercer la cámara es casi irrelevante.

De hecho, la cuestión de la extrema brevedad de los plazos es la que más caracteriza este procedimiento. El Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de la sesión plenaria número 60 a la que nos venimos refiriendo, celebrada el 30 de enero de 1980, se inicia con el anuncio de la ya citada Resolución que fija las normas que se seguirán para la elección. Y en la misma sesión se anuncia que se fijan las cinco de la tarde de ese mismo día como plazo final para la presentación de candidaturas por parte de los Grupos, como efectivamente sucede. Y el debate termina –ese mismo día- con la votación y la formalización de la propuesta de nombramiento de los cuatro Magistrados al Rey.

Desde luego, todo esto justifica sobradamente la segunda de las objeciones de Solé Tura, la referida al hecho de que su Grupo se ha enterado por la prensa de los nombres de los candidatos pactados por los partidos mayoritarios.

Pero volvamos ahora a la cuestión de la coherencia interna de las dos críticas formuladas.

Decíamos que ambas objeciones encierran cierta contradicción porque si el proceso parlamentario de confirmación o de nombramiento ha de servir para mejorar la función del control de constitucionalidad, entonces será necesario –como pretendemos demostrar en este trabajo– una lucha abierta y transparente entre los principales partidos para tratar de sacar adelante o bloquear los nombramientos, intentando justificar las respectivas posturas ante la opinión pública y dando razones de por qué una persona concreta no puede recibir el poder de interpretar la Constitución. Pero esto se contradice con esa otra visión contenida en la crítica que estamos citando en la que todos los Diputados otorgan de modo unánime su bendición a los Magistrados propuestos.

En el fondo no deja de ser algo parecido a la misma contradicción clásica entre la voluntad general de Rousseau supuestamente encarnada en la ley elaborada por los representantes de todos los ciudadanos en el Parlamento y la realidad moderna de éste en la que la función esencial de la cámara es el control del ejercicio del poder frente a un Gobierno que disfruta en la práctica, en mayor o menor medida, del poder legislativo⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴ Estas afirmaciones se refieren, como es lógico, a los sistemas parlamentarios derivados del británico, como el español, en los que el Gobierno necesita tener mayoría en el Parlamento. El análisis sería diferente en sistemas presidencialistas como el norteamericano.

El representante del Grupo Andalucista, el Diputado Aguilar Moreno, se expresó en términos aún más duros sobre la cuestión de los plazos y sobre el procedimiento en general:

“El Grupo Parlamentario Andalucista ha conocido, no ya los nombres, sino el mero hecho de que este tema venía al Pleno de hoy, en la reunión de la Junta de Portavoces de ayer. Ha conocido esto de forma oficial; por supuesto, anteriormente lo había conocido de forma pública, como cualquier ciudadano, tal como se ha expresado el señor Solé Tura en su intervención anterior, porque los medios de comunicación habían venido hablando de los pactos, de los cabildeos que había entre los Grupos mayoritarios para ponerse de acuerdo en cuanto a la designación de los miembros del Tribunal Constitucional. Es decir, no se ha guardado, Señorías, las formas mínimas democráticas que creemos que deben presidir toda actuación en esta Cámara respecto de todos los Grupos de esta Cámara. Y esto, en realidad, dice muy poco de lo que los Grupos mayoritarios que así han actuado sienten y piensan de la democracia y del funcionamiento democrático. Es, en realidad, un desprecio a esta Cámara lo que se evidencia con esta forma de actuar”.

La justificación dada por el Grupo Socialista -por boca de su representante el Diputado Peces-Barba- a la cuestión de la brevedad de los plazos y del nulo papel que habían jugado en la cuestión los grupos minoritarios no fue demasiado amplia ni conciliadora:

“El artículo 159 de la Constitución se ha desarrollado y se ha cumplido. El procedimiento para la designación en este Pleno, de los cuatro candidatos, ha sido expuesto por el señor Presidente hoy, fue expuesto ayer en la Junta de Portavoces y se publicará en su momento en el «Boletín Oficial de las Cortes. Ningún Grupo

Parlamentario ha hecho objeciones a este procedimiento, que es el procedimiento parlamentario. Algún Grupo se ha referido a otro procedimiento, que es el de la búsqueda de acuerdos entre los Grupos para la propuesta de los candidatos. Nadie ha impedido a los Grupos Parlamentarios presentar candidatos y, desde luego, nosotros hubiéramos considerado todos los candidatos razonables que se hubieran presentado. Lo que no podemos entender es que haya quejas cuando no se presentan candidatos. Ni entendemos ni compartimos las nostalgias de unanimidad o las nostalgias de concentraciones que algunos tienen. No compartimos las pataletas de aquellos que llaman cabildeos a las reuniones en las que no concurren, y que llaman dignísimos acuerdos a los votos de investidura que votan. Nosotros, señor Presidente, señoras y señores Diputados, garantizamos absolutamente el derecho de todos a participar y a concurrir en las libres discusiones, en la formación de los criterios de esta Cámara. No nos enfadamos cuando algunos concurren en votos de investidura o en otras votaciones, cuando algunos hacen imposible el voto de censura en Comisiones al Ministro del Interior, como ocurrió en la anterior legislatura, sino que consideramos que es la libre voluntad de cada uno de los Grupos Parlamentarios. Lo que nos parece grave es que, habiéndose manifestado, como se han manifestado otros Grupos Parlamentarios, a favor de los miembros del Tribunal, no hayan concurrido a la votación (por esas razones de forma) Por consiguiente, nosotros, que no estamos en la irracionalidad, como estamos a favor de las personas que han sido presentadas, entre otros, por nosotros, hemos votado favorablemente; y de esa forma, de una manera responsable y constructiva, estamos contribuyendo a la consolidación de las instituciones aprobadas por la Constitución, y en este caso, a la muy importante consolidación del órgano llamado Tribunal Constitucional”.

No hay en esas palabras ninguna verdadera defensa del procedimiento, sino más bien una incontestable apreciación del hecho de que éste se había cumplido escrupulosamente. Y el orador reconoce sin problemas que la propuesta de Resolución que ha regido el procedimiento se había acordado el día anterior a la sesión, se había anunciado en la misma sesión en la que todos se encontraban debatiendo y no había sido aún publicada oficialmente.

En oposición a las palabras de Solé Tura, quizá fue de más interés la respuesta del representante de UCD, referidas a la cuestión de si habría sido necesaria la unanimidad:

“Las unanimidades no son lo propio de este tipo de democracia que está en esta Constitución. La mayoría de tres quintos de los miembros del Congreso es un porcentaje de extraordinaria amplitud. Estamos en un juego de mayorías y de minorías, y aquí de mayorías considerablemente reforzado; pluralismo democrático y unanimidad son términos de difícil compatibilidad”.

Desde el punto de vista de este trabajo, lo que en cualquier caso resulta interesante es que el debate de nombramiento de los primeros Magistrados del Tribunal Constitucional no dejó ninguna discusión específica sobre el perfil de cada uno de los candidatos, ya que no se produjo un debate individual sobre ellos del que quedara constancia en los diarios oficiales de las Cortes Generales. Así pues, puede decirse que el parlamento actuó en un caso así como elemento de legitimación o de integración pero no de control.

El consenso⁴⁰⁵ –al menos entre las dos fuerzas mayoritarias en el Congreso- que había presidido el nombramiento de los primeros cuatro Magistrados se mantuvo cuando fue necesario proceder a realizar una nueva elección al final de ese mismo año 1980 como consecuencia de la dimisión de Aurelio Menéndez. En la sesión plenaria de 29 de diciembre de 1980⁴⁰⁶ el acuerdo entre UCD y PSOE se concretó en la propuesta conjunta de un solo candidato: Antonio Truyol y Serra, que obtuvo 253 votos frente a los 15 votos obtenidos por la única candidatura alternativa, la de José María Vilaseca que había sido propuesta por la Minoría Catalana.

6. 3. 2. Los primeros nombramientos del Senado

El acuerdo entre los grupos mayoritarios al que ya se ha hecho referencia se mantuvo para los nombramientos en el Senado, e incluso, como veremos, para los del Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial.

Al igual que en el caso del Congreso, la Presidencia del Senado tuvo que aprobar una norma provisional para la propuesta de nombramiento de cuatro Magistrados del Tribunal prevista en el art. 159 CE y no incorporada en el Reglamento del Senado. La

⁴⁰⁵ En ese primer nombramiento, UCD y PSOE pactaron elaborar una candidatura conjunta de juristas de prestigio que fueran aceptables para ambos bandos, y no establecer cuotas para cada uno de los grupos, lo que se convertiría en la práctica habitual en las siguientes renovaciones. Así lo cuenta Alzaga: “El consenso constituyente incluyó un compromiso no escrito que los negociadores del PSOE nos plantearon a los centristas, a saber, todos los miembros del primer Tribunal, que se constituiría poco después de aprobarse la Constitución (...) serían juristas de auténtico prestigio y todos serían nombres asumibles por los dos partidos (...) Tal compromiso se cumplió rigurosamente en 1979 incluso en lo concerniente a los dos miembros del TC formalmente propuestos unilateralmente por el Gobierno y en lo relativo a los dos propuestos por el Consejo General del Poder Judicial”. En ALZAGA VILLAAMIL, O. (2003) p. 171.

⁴⁰⁶ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados num. 141, 29 de diciembre de 1980, pp. 9092-9093.

Resolución de la Presidencia⁴⁰⁷ siguió el modelo de la aprobada para el Congreso y articuló el procedimiento de la siguiente forma:

“1. Para la elección por el Senado de los cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional, cuyo nombramiento ha de proponerse al Rey, según lo previsto en el artículo 159, 1, de la Constitución, cada Grupo Parlamentario o veinticinco Senadores podrán presentar tantos candidatos como puestos a cubrir.

2. La presentación de las candidaturas se hará ante la Presidencia al iniciarse el punto correspondiente del orden del día.

3. La votación se realizará mediante papeletas y siguiendo lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 81 del vigente Reglamento provisional del Senado. Cada Senador podrá escribir en su papeleta hasta cuatro candidatos, sin que en la votación puedan computarse los que excedan de tal número.

4. Tras la votación se efectuará el escrutinio, para lo cual el Presidente extraerá las papeletas de la urna, que serán leídas en alta voz por uno de los Secretarios.

5. Resultarán elegidos los cuatro candidatos que obtengan mayor número de votos, siempre que éste equivalga al menos a los tres quintos del número de Senadores que integran la Cámara.

6. En caso de empate para el cuarto puesto, se repetirá la votación entre los candidatos igualados en votos.

⁴⁰⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales. I Legislatura. Serie I, num. 38 de 8 de febrero de 1980.

7. En el supuesto de que no se obtuviere una mayoría de tres quintos para alguno de los puestos, se repetirá la votación entre aquellos dos candidatos que, sin alcanzar dicha mayoría, hayan obtenido mayor número de votos.

8. En los casos previstos en las dos normas anteriores, cada Senador dispondrá de igual número de votos al de vacantes que permanezcan sin elegir.

9. Concluidas las votaciones, el Presidente elevará la propuesta de nombramiento de los cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional a S. M. el Rey, por conducto del Presidente del Gobierno”.

Estas breves normas presentan algunas diferencias con respecto a las contenidas en la Resolución del Congreso ya comentada. Quizá la principal de ellas sea la del modo de resolver la situación en la que no haya cuatro candidatos que alcancen la mayoría suficiente, pero dado que la situación no se presentó y la norma fue rápidamente sustituida con la aprobación del nuevo Reglamento no nos detendremos en ese punto.

Sí resulta más significativo que se conceda en este caso a 25 senadores el derecho a presentar candidaturas, sin limitar el privilegio a los grupos parlamentarios. Tampoco se planteó en la cámara alta, a diferencia de lo que había sucedido en el Congreso, la cuestión de la posible conveniencia de ocultar el origen de las propuestas de nombramiento para preservar, idealmente, la independencia de los Magistrados.

El Senado dedicó a los nombramientos la sesión del 30 de enero de 1980⁴⁰⁸, el mismo día en el que se estaba llevando a cabo la misma tarea en el Congreso.

⁴⁰⁸ Diario de Sesiones del Senado, num. 39, 30 de enero de 1980.

En el Senado, el debate fue mucho más sencillo que en la Cámara Baja y no se realizaron las críticas al procedimiento que ya hemos mencionado en el debate del Congreso y que fueron contestadas por los representantes de la UCD y del PSOE.

El Presidente del Senado se limitó a leer las cuatro propuestas presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista Andaluz, el Grupo Parlamentario Catalunya, Democracia i Socialisme, el Grupo Socialista del Senado y el Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático. Los cuatro textos eran brevísimos, de apenas 10 líneas, y casi idénticos, y contenían los nombres de los mismos cuatro candidatos sin referencia alguna a sus méritos⁴⁰⁹. Se trataba de Gloria Begué, Luis Díez Picazo, Manuel García Pelayo y Ángel Latorre.

El resultado de la votación fue el que podía esperarse, aunque con un llamativo número de ausencias de Senadores que prefirieron no acudir a la votación en lugar de hacerlo y abstenerse. 151 Senadores votaron a favor de los candidatos y 6 lo hicieron en blanco. Y fueron 49 los Senadores que decidieron no estar presentes el día de la votación.

La Cámara estaba compuesta en ese momento por 206 Senadores, de manera que el límite de los tres quintos exigidos por el 159 CE se cubría alcanzando los 124 votos. Así pues, los cuatro nombramientos salieron adelante sin problemas.

En general, sobre estos cuatro nombramientos del Senado así como sobre los cuatro correspondientes del Congreso, puede decirse que los partidos mayoritarios

⁴⁰⁹ Sirva como ejemplo el texto leído por el Presidente de la propuesta del Grupo Socialista del Senado: «Tengo el honor de proponer a V. E., para su presentación ante el Pleno del Senado como candidatos a los puestos a cubrir por esta Cámara, como Magistrados del Tribunal Constitucional, según lo previsto en el artículo 159, 1, de la Constitución, los siguientes cuatro nombres, todos los cuales reúnen las exigencias que marca la ley y la Constitución: doña Gloria Begué, don Luis Díez Picazo, don Manuel García Pelayo y don Angel Latorre» Diario de Sesiones del Senado, num. 39, 30 de enero de 1980, p. 1726.

estuvieron a la altura y pactaron unas candidaturas de profesionales de prestigio, que aunque, lógicamente, presentaran los suficientes matices en cada caso como para comprender el motivo por el que habían sido propuestos por unos y por otros, no aparecían ante la opinión pública como magistrados “de partido” fuertemente identificados con una posición ideológica⁴¹⁰.

6. 4. LAS REFORMAS DE LOS REGLAMENTOS DE LAS CÁMARAS DE 1982

6. 4. 1. El Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982

En 1982 el Congreso de los Diputados aprobó su nuevo Reglamento. En él se contenía la norma de desarrollo prevista por el art. 159 CE y que había sido anticipada de modo provisional por la Resolución de la Presidencia del Congreso ya citada.

El nuevo procedimiento, contenido en el art. 204 del Reglamento, no introducía importantes variaciones aunque sí presentaba algún matiz interesante al que nos referiremos.

El tenor literal del 204 del Reglamento era el siguiente:

⁴¹⁰ Volvemos a citar aquí la valoración que hacía Cruz Villalón 30 años después: “la primera composición del Tribunal se llevó a cabo en el respeto del espíritu de las previsiones constitucionales. Sin necesidad de idealizar, la calidad profesional de todos y de cada uno de los miembros de aquel Tribunal no fue discutida: el Tribunal contaba incluso con algunos de los juristas más prestigiosos del momento, poco menos que los “buques insignia” de nuestro saber jurídico. Y si en cada caso la sensibilidad ideológica resultaba en mayor o menor medida perceptible, no eran en absoluto vistos como “gente de partido”, ni por unos ni por otros. Debieron ser más que raras las ocasiones en las que, en aquellos años, los integrantes del Tribunal aparecieron en los medios de difusión apriorísticamente etiquetados y alineados como conservadores o progresistas”. En CRUZ VILLALÓN, P. (2009) p. 715.

“1. Las propuestas de designación de los cuatro miembros del Consejo General del Poder Judicial y de los cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional a que se refieren, respectivamente, los artículos 122.3, y 159.1 de la Constitución, se acordarán por el Pleno de la Cámara.

2. Cada Grupo Parlamentario podrá proponer hasta un máximo de cuatro candidatos para cada una de las Instituciones, pudiendo intervenir al efecto por tiempo máximo de cinco minutos.

3. Los Diputados podrán escribir en la papeleta hasta cuatro nombres.

4. Resultarán elegidos, tanto para el Consejo General del Poder Judicial como para el Tribunal Constitucional, aquellos cuatro candidatos que más votos obtengan, siempre que hayan conseguido, como mínimo, cada uno tres quintos de los votos de los miembros del Congreso.

5. Si en la primera votación no se cubrieran los cuatro puestos con los requisitos a que se refiere el apartado anterior, se realizarán sucesivas votaciones, en las que se podrá reducir progresivamente el número de candidatos a partir de un número no superior al doble del de puestos a cubrir. En estas votaciones sucesivas se podrá incluir en las papeletas un número de candidatos igual que el de puestos a cubrir. La Presidencia podrá, si las circunstancias lo aconsejan, interrumpir, por un plazo prudencial, el curso de las votaciones.

6. Los posibles empates, con relevancia a efectos de la propuesta, se dirimirán en otra votación entre los que hubieren obtenido igual número de votos”.

El nuevo precepto, aunque reproduce casi literalmente la norma provisional a la que sustituye, contiene algunas pequeñas variantes de bastante interés.

En primer lugar, se prevé que cada Grupo Parlamentario podrá intervenir ante el Pleno durante un tiempo máximo de 5 minutos para realizar la propuesta de sus cuatro candidatos.

Resulta obvio que un tiempo tan breve de intervención no cambia en absoluto la naturaleza de este debate, y no lo convierte en un verdadero procedimiento de control en sentido más técnico parecido al modelo norteamericano de confirmaciones en el Senado. Cinco minutos para defender la propuesta de cuatro candidatos no permiten dedicar ni siquiera un minuto y medio a cada candidato, y desde luego no cabe en ese turno de intervención una réplica o crítica a los candidatos presentados por otros Grupos.

Además, conviene notar que el precepto dice expresamente que el tiempo de cinco minutos será el “máximo”, lo que no permite, en principio, interpretaciones flexibles que pudieran convertir el procedimiento en un verdadero debate de confirmación.

Pero sí se resuelve un punto que había quedado oscuro en la reglamentación anterior y que había necesitado de la interpretación ya mencionada a cargo de la Presidencia. Se trata de la cuestión de “ocultar” cuál era el Grupo que había propuesto a cada Magistrado para presentar al Pleno un listado alfabético con todos los nombres de forma que cada Diputado pudiera optar sin sentirse atado por el color político del Grupo que respaldara cada candidatura. Ya señalado la ingenuidad de aquel propósito, que no se había cumplido en modo alguno en la primera votación de 1980 y que en el cualquier caso quedaba ya fuera del procedimiento a partir de 1982 desde el momento en el que cada Grupo tenía que intervenir –antes de la votación– para defender las candidaturas propuestas.

Se mantiene, por otra parte, el carácter secreto de la elección. Esto no se indica expresamente pero deviene obligado por la previsión del apartado 3: “Los Diputados podrán escribir en la papeleta hasta cuatro nombres”. Cuando la votación se realiza por papeletas se trata de una votación secreta, lo que por otra parte es lo previsto de modo general para los nombramientos de personas según el art. 87 del Reglamento:

“1. La votación secreta podrá hacerse:

1º. Por procedimiento electrónico que acredite el resultado total de la votación, omitiendo la identificación de los votantes.

2º. Por papeletas cuando se trate de elección de personas, cuando lo decida la Presidencia y cuando se hubiere especificado esta modalidad en la solicitud de voto secreto.

2. Para realizar las votaciones a que se refiere el punto 2º. del apartado anterior, los Diputados serán llamados nominalmente a la Mesa para depositar la papeleta en la urna correspondiente”.

Este carácter secreto de la votación no es un elemento irrelevante, y vale la pena detenerse en él por un momento.

Es claro que el Reglamento dispuso el secreto de voto para los nombramientos con la finalidad de reforzar la independencia de los Diputados y debilitar en estos casos la disciplina de voto que rige habitualmente el trabajo de las Cámaras. Puede pensarse que lo que el legislador quiso evitar es que pudiera salir adelante el nombramiento para un cargo público de una persona sin las necesarias cualidades de profesionalidad o independencia cuyo mérito principal fuera garantizar al partido que le propone un desempeño institucional acorde –o al menos, no molesto- con respecto a los intereses de

éste. En caso de que tal propuesta fuera hecha por el Grupo Parlamentario y defendida durante esos cinco minutos previstos por el Reglamento, un Diputado podría votar en conciencia y rechazar –sin miedo a represalias gracias al secreto- al candidato propuesto.

Ahora bien, en el sistema de control estudiado de modo exhaustivo en este trabajo, el norteamericano, la publicidad de las posiciones de los Senadores que tienen que debatir la confirmación es esencial para que el mecanismo funcione como una verdadera correa de transmisión entre los electores y los Magistrados del Tribunal Supremo que van a ejercer –sin limitación de plazo por su carácter vitalicio- una función esencial de control de la constitución que, en los casos límite, se convertirá en verdadero poder constituyente derivado.

Si los ciudadanos saben quién propone a los candidatos (puesto que los Grupos tienen que defenderlos en el Pleno) pero no saben quiénes los rechazan (puesto que el voto es secreto) ni las razones por las que lo hacen (puesto que no está previsto un turno de crítica al resto de propuestas) es difícil que el procedimiento tenga, como ya hemos dicho, una utilidad práctica que vaya más allá de la unción genérica de legitimidad a la que ya nos hemos referido.

Por otra parte, también se produce una pequeña enmienda técnica a la Resolución sustituida cuando se prevé que obtendrán el nombramiento los candidatos que más votos obtengan siempre que hayan conseguido, cada uno, como mínimo “tres quintos de los votos de los miembros del Congreso”.

Como se recordará, en la Resolución anterior se decía expresamente que los candidatos nombrados debían obtener al menos 210 votos. El Reglamento de 1980 deja sin concretar la cifra de la mayoría de tres quintos prevista por el 159 de la Constitución

al tener en cuenta que el número de 350 Diputados no es fijo (la Constitución dispone que debe estar entre 300 y 400) y puede cambiarse en sucesivas reformas de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.

6. 4. 2. El Reglamento del Senado de 26 de mayo de 1982

Al igual que en el Congreso, la norma provisional contenida en la Resolución de la Presidencia fue sustituida por el nuevo Reglamento del Senado aprobado el 26 de mayo de 1982. El procedimiento para la propuesta de nombramientos de Magistrados del Tribunal Constitucional se contenía en el art. 184:

“1. Para la elección por el Senado de los cuatro magistrados del Tribunal Constitucional, cuyo nombramiento ha de proponerse al Rey, según lo previsto en el art. 159 de la Constitución, cada Grupo Parlamentario o diez senadores podrán presentar tantos candidatos como puestos a cubrir, entre personas que reúnan las condiciones establecidas en dicho artículo.

2. La presentación de las candidaturas se hará no más tarde del inicio de la sesión en que se haya de efectuar la elección.

3. La votación se hará por papeletas, en la que cada senador podrá incluir tantos nombres como puestos a cubrir. La Mesa hará el escrutinio y proclamará elegidos a los cuatro candidatos que obtengan mayor número de votos, siempre que éste equivalga, al menos, a los tres quintos del número de senadores que en ese momento integran la cámara.

4. En caso de no obtenerse la mayoría de tres quintos para alguno de los puestos, se repetirá la votación entre aquellos dos candidatos que, sin alcanzar dicha mayoría, hayan obtenido el mayor número de votos.

5. De producirse empate, se repetirá la votación entre los que hubieren obtenido igual número de votos y, en su caso, entre los que le sigan, en la medida necesaria para cubrir las cuatro vacantes.

6. En los casos contemplados en los dos apartados anteriores, cada senador dispondrá de igual número de votos al de puestos que permanezcan sin elegir”.

El precepto reproduce con bastante fidelidad la norma a la que sustituye con algunos leves cambios, al igual que sucedía en el Congreso.

Se mantiene una mayor flexibilidad que en la cámara baja con respecto a la propuesta, al no reducirse la legitimación a los grupos parlamentarios sino a un número de senadores. Pero el Reglamento rebaja la cifra exigida, que pasa de los 25 a los 10, probablemente para recoger la previsión contenida también en el mismo Reglamento que hace que sean 10 el número mínimo de senadores necesario para constituir un grupo.

El precepto mantenía además algunas de las imprecisiones técnicas que ya se habían mostrado en la Resolución de la Presidencia de 1980 en relación al procedimiento a seguir en caso de empates o de no alcanzar los cuatro candidatos la necesaria mayoría de tres quintos de los senadores. Son defectos menores que fueron

puestos de relieve de inmediato por la doctrina⁴¹¹ y que no parece necesario analizar de nuevo aquí.

6. 5. LOS NOMBRAMIENTOS DEL GOBIERNO Y DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El objeto de este trabajo es el control parlamentario de los nombramientos de magistrados del Tribunal Constitucional, pero resulta interesante en este punto referirnos a las primeras elecciones de los cuatro magistrados del Tribunal de procedencia no parlamentaria. Ya nos hemos referido anteriormente a la explicación más política que teórica que puede darse a esta originalidad de nuestro Título IX, pero para juzgar adecuadamente la eficacia y posible mejora del papel de control de las cámaras en la función de control de constitucionalidad conviene analizar el modo en que se ha desarrollado el procedimiento de nombramiento de ese tercio de magistrados que no provienen de las Cámaras, o al menos no directamente.

6. 5. 1. Los magistrados propuestos por el Gobierno

La designación de dos magistrados directamente por parte del Gobierno fue uno de los puntos más criticados por la doctrina y por la opinión pública en general ya que prevaleció la impresión, ya mencionada, de que el Gobierno de la UCD los había

⁴¹¹ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1990) pp. 166-167.

impuesto como un medio de conservar una mayoría ideológica favorable a sus posiciones.

En realidad, hay referencias en el modelo comparado de miembros de tribunales constitucionales designados por el Ejecutivo. Obviamente, el modelo más importante en este sentido –y el que hemos analizado ampliamente en este trabajo– es el del Tribunal Supremo de los EEUU, en el que corresponde al Presidente el privilegio de ser el único capacitado para proponer candidatos, aunque éstos tienen que atravesar un complejo proceso de confirmación ante el Senado. De hecho, como señalaba de Otto⁴¹², esto no es más que un reconocimiento del papel primordial del Gobierno en sistemas parlamentarios de gabinete como el nuestro. De hecho la opinión pública y los medios de comunicación asumen con naturalidad que será el Gobierno quién decida en realidad más de la mitad de las candidaturas, derivadas de su mayoría parlamentaria y de su poder de optar siempre, al menos, a uno de los dos candidatos nombrados por el Consejo General del Poder Judicial.

El art. 159 de la Constitución no concreta en modo alguno cómo ha de formalizarse la propuesta, por lo que podríamos detenernos aquí en la conocida discusión doctrinal sobre la distinción entre Gobierno y Consejo de Ministros. En el momento de aprobarse la Constitución, y en los años en los que tenían que realizarse los primeros nombramientos, la cuestión quedaba bastante abierta ya que ninguna de las leyes referidas a la organización de la administración central del Estado resolvía del todo esa diferencia o precisaba el modo en que habrían de producirse las propuestas de nombramiento a las que se refiere el art. 159 CE.

⁴¹² OTTO DE, I. (1988) p. 178. Citado en FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1990) p. 181.

La Ley 50/1997 del Gobierno de 27 de noviembre resolvió bastantes de las dudas teóricas al hacer algunas precisiones sobre el estatuto y las funciones del Consejo de Ministros y del Presidente del Gobierno. Pero la situación ha permanecido igual con respecto a la previsión del art. 159 CE.

En la práctica, la propuesta de los dos magistrados correspondientes al Gobierno se hace por medio de Reales Decretos del Consejo de Ministros en los que sólo figura el nombre del candidato y no se hace mención alguna a su perfil profesional o a los méritos que le hacen acreedor del puesto, lo que tampoco parece especialmente necesario dado que esta potestad no está sometida a control político alguno.

Sobre los primeros nombramientos, cabe destacar el Gobierno de la UCD presidido por Adolfo Suárez incluyó en la negociación con el PSOE los dos candidatos que le correspondía designar, por lo que la propuesta de consenso se hizo sobre el total de los 10 magistrados que sumaban el Congreso, el Senado y las Cortes. Los magistrados finalmente propuestos por el Gobierno de Adolfo Suárez fueron Jerónimo Arozamena y Rafael Gómez Ferrer.

En 1986, cuando fue necesario proceder a la renovación de los magistrados designados por el Ejecutivo, el consenso ya llevaba años roto y el gobierno del PSOE no consensuó con la oposición los nombramientos, lo que desde entonces se convirtió en la práctica habitual de los siguientes Ejecutivos.

6. 5. 2. Los magistrados propuestos por el Consejo General del Poder Judicial

El art. 31 de la Ley Orgánica 1/1980 de 10 de enero del Consejo General del Poder Judicial atribuía al Pleno del Consejo la competencia para el nombramiento de los dos magistrados del Tribunal Constitucional a los que se refiere el art. 159 CE.

Ahora bien, en este caso el precepto constitucional no hacía referencia a ninguna mayoría reforzada, a diferencia de lo previsto para las propuestas de Congreso y Senado. Podría pensarse que esto no resultaba necesario, dado que el Pleno del Consejo no parecía diseñado para reflejar la composición política de las cámaras o, en última instancia, de la sociedad española. Pero como es sabido, eso es lo que últimamente ha venido sucediendo por lo que la inexistencia de una mayoría reforzada puede plantear problemas.

En cualquier caso, en ausencia de una indicación legal la propuesta de magistrados del Tribunal sólo debía requerir el acuerdo del Pleno y según el art. 41 de la ley los acuerdos de los órganos colegiados se adoptaban por mayoría de los miembros presentes, decidiéndose los posibles empates por medio de un voto de calidad. El mínimo de vocales presentes para constituir válidamente en Pleno quedaba fijado por la misma ley (art. 33) en catorce.

La primera elección se verificó el 7 de noviembre de 1980 y resultaron propuestos por mayoría absoluta Ángel Escudero del Corral y Plácido Fernández Viagas.

6. 6. EL SORTEO PARA LA RENOVACIÓN PARCIAL DE 1983 Y EL PRIMER BLOQUEO EN LA RENOVACIÓN DEL TRIBUNAL

La Disposición Transitoria Novena de la Constitución disponía que:

“A los tres años de la elección por vez primera de los miembros del Tribunal Constitucional, se procederá por sorteo para la designación de un grupo de cuatro miembros de la misma procedencia electiva que haya de cesar y renovarse. A estos solos efectos se entenderán agrupados como miembros de la misma procedencia a los dos designados a propuesta del Gobierno y a los dos que proceden de la formulada por el Consejo General del Poder Judicial. Del mismo modo se procederá transcurridos otros tres años entre los dos grupos no afectados por el sorteo anterior. A partir de entonces se estará a lo establecido en el número 3 del artículo 159”.

Realizado ese sorteo en 1983, como correspondía, el resultado fue que habría que renovar a los cuatro Magistrados elegidos por el Congreso.

Y por primera vez se plantearía entonces el problema del bloqueo en la renovación de Magistrados, situación que se ha repetido desde entonces en varias ocasiones y que ha tensado el trabajo y la posición institucional del Tribunal hasta extremos muy graves. En buena medida, el mismo planteamiento de este trabajo está relacionado con lo que puede considerarse un fracaso –al menos parcial- del actual sistema de nombramiento parlamentario de Magistrados del Tribunal Constitucional.

La situación de 1983 respondió al patrón que se ha reproducido después en otras ocasiones. El ambiente de consenso en el que había sido posible el acuerdo entre la UCD y el PSOE en 1980 para el nombramiento de los primeros Magistrados estaba ya roto. Obviamente, ese acuerdo venía favorecido por el hecho de que en 1980 no había recursos de inconstitucionalidad planteados ante el Tribunal. Pero a partir de 1982 las cosas cambiaron radicalmente, como consecuencia de la aplastante mayoría absoluta obtenida por el Partido Socialista en las elecciones generales. El nuevo partido

gobernante obtuvo 202 de los 350 escaños, lo que superaba ampliamente la mayoría absoluta, situada en 176 escaños. Pero ese triunfo claro no le permitía alcanzar por sí solo los 210 escaños necesarios (mayoría de tres quintos) para designar a los magistrados del Tribunal Constitucional sin necesidad de negociar con la oposición. Por otra parte, la oposición -débil y dividida- ante la imposibilidad de poner en problemas al Gobierno en sede parlamentaria, empezó a optar de modo creciente por trasladar la lucha política al Tribunal Constitucional recurriendo ante el mismo las leyes más importantes aprobadas por la mayoría gubernamental.

Así pues, tras el sorteo realizado a principio de año los grupos parlamentarios se encontraron con que tenían que renovar un Tribunal que tenía encima de la mesa cuestiones de gran calado político, como el recurso presentado contra la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA) o los relacionados con la polémica expropiación de RUMASA que se había llevado a cabo el 23 de febrero de ese mismo año.

Conviene apuntar que en diciembre de 1982, uno de los magistrados designados por el Consejo General del Poder Judicial, Plácido Fernández Viagas, había fallecido. Y el Consejo había designado para sustituirle a Francisco Pera Verdaguer, al que el PSOE atribuía un perfil más conservador que al fallecido.

De esta forma, al principio de 1983 el PSOE se encontraba con un Tribunal Constitucional ligeramente más conservador que el de 1980. Y para muchos socialistas, esto no era razonable en un momento en el que los votantes se habían decantado de un modo muy claro hacia su propuesta política otorgándoles una histórica mayoría que deseaban emplear para emprender una profunda reforma política y legislativa dentro del marco constitucional. Cuando comenzaron las negociaciones entre los portavoces de los

grupos, los socialistas manifestaron explícitamente que la renovación del Tribunal debía reflejar el cambio político surgido de las elecciones, por lo que consideraban que la oposición no podía pretender el mantenimiento del mismo equilibrio político con el que se habían designado a los magistrados de 1980⁴¹³.

En concreto, el PSOE planteó inicialmente en esas negociaciones la renovación del mandato de dos de los cuatro magistrados y la sustitución de los otros dos por nuevos candidatos. En concreto, los que el Grupo Socialista deseaba sustituir eran Francisco Rubio Llorente y Antonio Truyol Serra. Los otros dos, Francisco Tomás y Valiente y Manuel Díez de Velasco habían sido también pactados de forma conjunta con UCD en 1980 pero el PSOE los consideraba más próximos a sus planteamientos políticos. Y de los dos nombres a sustituir, el partido ahora en el Gobierno esperaba designar a uno de los dos, con lo que el equilibrio de 2-2 que se había fijado en 1980 pasaría ahora a un 1-3 favorable a los candidatos propuestos por el PSOE. Como ya se ha dicho, las razones por las que se defendía este cambio de planteamiento eran las de que la composición del Tribunal reflejara el cambio político provocado por las elecciones de 1982, además de compensar el matiz más conservador que había introducido la mencionada sustitución por fallecimiento de Plácido Fernández Viagas.

Pero como ya se ha dicho, la mayoría parlamentaria socialista no era suficiente para alcanzar por sí sola los tres quintos de los votos necesarios para cumplir con lo dispuesto en el 159 CE, y la oposición se unió en torno al principal de sus componentes,

⁴¹³ Dado que la regulación de estas designaciones no incluía entonces ninguna clase de debate o tomas de postura en sede parlamentaria, la única fuente en la que pueden rastrearse estas negociaciones son las informaciones de prensa o los testimonios de quienes intervinieron. Así informaba Bonifacio de la Cuadra en su artículo de El País del 26 de enero de 1983: “Por su parte, el presidente del Grupo Socialista, Javier Sáenz Cosculluela, insistió en que la conveniencia de no alterar desde la mayoría el funcionamiento ejemplar del Tribunal Constitucional no debe ser óbice para que de alguna forma refleje la situación parlamentaria, ya que la propia Constitución establece la elección parlamentaria de ocho de sus miembros”.

Alianza Popular, para negarse a aceptar la renovación de sólo dos magistrados y defender la necesidad de mantenerlos a todos o sustituir a todos en bloque negociando nuevos candidatos⁴¹⁴.

La postura del PSOE fue, en general, criticada, por presentar por primera vez el Tribunal como un campo de conquista política y por el temor a que el final de ese camino que entonces se iniciaba pudiera ser el de una corte de constitucionalidad sin independencia política ni prestigio técnico que acabara resultando inútil para desempeñar la función que le encomendaba la Constitución. También hubo quien afirmó comprender las razones esgrimidas por el Grupo Socialista y defendió teóricamente su planteamiento. En ese sentido pueden citarse las palabras de Jorge de Esteban al respecto en un artículo de prensa de aquellos días⁴¹⁵: “ (...) el hecho de que la Constitución establezca que la renovación del tribunal se ha de realizar cada tres años, nos está subrayando la idea de que esas renovaciones parciales lógicamente deberán irse acomodando con las mayorías cambiantes del Gobierno y Parlamento que se renueva cada cuatro o menos años. Si se hubiera querido esquivar este condicionamiento, lo lógico es que se hubiera dispuesto, como ocurre en otros países, un plazo más largo. En definitiva, no cabe llamarse a engaño, y hay que reconocer que el partido del Gobierno está legitimado por la Constitución para proponer ahora al menos a tres de los cuatro magistrados que se deben nombrar. Así, a la oposición habría

⁴¹⁴ En el artículo ya citado de Bonifacio de la Cuadra en “El País” de 26 de enero de 1983: “La oposición parlamentaria, y en especial Miguel Herrero, en nombre del Grupo Popular, manifestó ayer en la reunión de la Junta de Portavoces del Congreso de los Diputados el rechazo del intento socialista de negociar la renovación de dos de los cuatro magistrados del Tribunal Constitucional que esta Cámara debe ratificar o renovar. El propio Manuel Fraga, al término de la reunión de su grupo, se pronunció en contra de la pretensión socialista de sustituir a los dos magistrados que en su momento no fueron apoyados por el PSOE (...) Fraga confirmó que su grupo es favorable a la ratificación de los cuatro magistrados -Antonio Truyol, Francisco Rubio Llorente, Manuel Díez de Velasco y Francisco Tomás y Valiente-, "aunque ninguno de ellos fue propuesto por nosotros en su día", puntualizó. Explicó esta posición en el deseo de preservar la independencia del alto tribunal, intérprete supremo de la Constitución”.

⁴¹⁵ DE ESTEBAN, J. “La renovación del Tribunal Constitucional: una voz disidente / y 2” en “El País”, 21 de marzo de 1983.

que preguntarle, pidiendo que abandone todo fariseísmo, lo que ella habría hecho si se invirtieran los términos de la actual correlación de fuerzas en las Cortes y fuese hoy la mayoría gubernamental”.

Por otra parte, no era irrelevante la cuestión de que el PSOE pretendiera premiar a unos magistrados y “castigar” a otros, por medio de la relección en un caso y la sustitución en el otro⁴¹⁶. En este caso no se trataba de nuevas designaciones si no de una especie de evaluación sobre el modo en el que se habían desempeñado en su puesto los magistrados. Y la posibilidad de plantear así las renovaciones no quedaba limitada tan sólo al primer periodo de ejercicio de la función del Tribunal, ya que el art. 16 de la LOTC permitía la designación de un magistrado que ya hubiera formado parte del Tribunal siempre que ésta no fuera inmediata, es decir, que un magistrado no podía permanecer 10 años en su puesto pero sí podía reincorporarse al Tribunal tras un mandato de 9 años si pasaba 3 fuera del mismo.

De esta forma, la posibilidad de que los grupos parlamentarios a los que corresponden las designaciones se planteen éstas en función del desempeño jurisdiccional de cada magistrado podía interpretarse también como un atentado a la independencia del Tribunal o –desde el punto de vista contrario- como un sano elemento de control democrático del mismo.

De hecho, las críticas recibidas en la opinión pública y, sobre todo, el hecho de no haber obtenido ningún otro apoyo parlamentario para alcanzar la mayoría necesaria, hicieron que el Grupo Socialista reconsiderase su posición inicial y acordara finalmente

⁴¹⁶ Fernández Segado cita a este respecto el editorial de “El País” de 17 de septiembre de 1983 en el que podía leerse que: “Aunque nada haya en la letra de la ley que impida esta desigualdad de trato, esta tercera vía, que apuntaba reprobatoriamente a una pareja de magistrados y premiaba con la ratificación a otra, conducía forzosamente a extraer preocupantes conclusiones”. En FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1990) p. 167.

a la vuelta del verano, tras varios meses de bloqueo, la renovación del mandato de los cuatro magistrados cuya designación correspondía al Congreso, sin sustituir a ninguno de ellos y sin alterar, por tanto, el equilibrio ideológico pactado para el Tribunal en 1980.

Así pues, en la sesión plenaria del 27 de septiembre de 1983 se aprobaba una propuesta conjunta de los Grupos Socialista, Popular y de la Minoría Catalana para proponer al Rey como candidatos al Tribunal a los mismos cuatro magistrados a los que había correspondido por sorteo la renovación. El resultado de la votación había sido claro. Manuel Díez de Velasco y Antonio Truyol Serra obtuvieron 255 votos, y Francisco Rubio Llorente y Francisco Tomás y Valiente 254. Se mantenía por tanto una mayoría muy parecida a la de 1980, aunque con el matiz de que los tres grupos proponentes sumaban 320 escaños, por lo que el número de abstenciones resultaba bastante significativo.

6. 7. LA QUIEBRA DEL CONSENSO CON LAS DIMISIONES DE MANUEL GARCÍA PELAYO Y MANUEL DÍEZ DE VELASCO EN 1986.

En enero de 1986, el primer Presidente del Tribunal Constitucional, el prestigioso constitucionalista Manuel García Pelayo anunció su intención de presentar su dimisión como Presidente y como magistrado a mediados de febrero del año siguiente, lo que suponía anticipar su marcha cuatro meses con respecto al final del mandato para el que había sido nombrado, que finalizaba el 4 de julio. Según anunció entonces, había comunicado ya al Pleno del Tribunal su renuncia en noviembre del año anterior y fijado como fecha para hacerla efectiva el 15 de febrero de 1986. La decisión

de dimitir, según el propio García Pelayo, venía motivada por el hecho de que en febrero el Tribunal recibiría a cuatro nuevos magistrados y cambiaría así muy notablemente su composición. Y dado que su mandato expiraba en julio consideraba que de ese modo su presidencia entre febrero y julio supondrían cinco meses de una cierta interinidad, y por eso le parecía más apropiado que la elección de un nuevo Presidente se produjera en febrero, tras la incorporación de los cuatro nuevos magistrados⁴¹⁷.

En efecto, el 31 de octubre de 1985 se había realizado el sorteo previsto para las primeras renovaciones por tercios y había resultado que debían cesar en febrero los dos magistrados elegidos por el Gobierno y los dos designados por el Consejo General del Poder Judicial.

Así las cosas, el 13 de febrero se celebró la sesión plenaria en el Congreso para aprobar la propuesta al Rey del candidato que habría de sustituir al dimitido Manuel Díez de Velasco.

El Grupo Socialista presentó la candidatura de Jesús Leguina Villa, y éste fue el único nombre presentado. Efectuada la votación, la propuesta obtuvo el respaldo de 212 de los 255 votos que fueron emitidos y alcanzó así –aunque por muy poco- el límite de los tres quintos, que en ese momento precisaba un mínimo de 208 votos. Sería la primera ocasión en la que el principal grupo de la oposición en el Congreso, el Grupo Popular, que contaba con 103 escaños, negaba el apoyo al candidato propuesto con lo

⁴¹⁷ “García Pelayo abandonará el Tribunal Constitucional en febrero, coincidiendo con la renovación de cinco magistrados” Información de Camilo Valdecantos en “El País” de 7 de enero de 1986. El artículo recoge una entrevista telefónica con García Pelayo en la que éste explica los motivos de su renuncia: “Si mi marcha definitiva hubiera de producirse dentro de más tiempo, me hubiera planteado la posibilidad de seguir, pero teniendo por delante poco más de cuatro meses no me ha parecido lógico crear una situación de interinidad, que no hubiera sido conveniente para el funcionamiento del propio tribunal, precisamente por ser un período de interinidad muy corto”.

que se rompía el consenso entre las principales fuerzas políticas (PSOE y UCD) que había sacado adelante todos los nombramientos anteriores.

Pero lo más relevante de este nombramiento no era la ruptura del consenso en sí mismo, lo que parece que tendría que suceder en un momento o en otro, sino sobre todo el hecho de que era la primera vez que un magistrado del Tribunal era percibido por la opinión pública como claramente identificado con una opción política específica, y eso en un ambiente de fuerte tensión en un Tribunal que tenía pendientes resolver temas de gran calado político en los que el gobierno y la oposición se jugaban mucho.

Dos días antes se había producido una situación similar en el Senado. En la sesión plenaria del 11 de febrero de 1986 correspondía aprobar la propuesta de un candidato para sustituir a Manuel García Pelayo.

Se produjo en el Senado una situación algo curiosa que resulta interesante traer aquí a colación dado que el centro de este trabajo es el procedimiento de control en sede parlamentaria de estos nombramientos, y como ya hemos mencionado en varias ocasiones las inexistentes normas procedimentales contenidas en el art. 159 de la Constitución y su extremadamente sucinto desarrollo en la LOTC y en los Reglamentos de las Cámaras venían provocando, como hemos visto, que no se produjera en realidad ningún debate y que la designación consistiera en la lectura de los nombres de los candidatos y su inmediata votación.

Ya hemos visto como en la primera sesión celebrada en el Congreso sobre este particular en 1980 las minorías que quedaron fuera del pacto alcanzado por la UCD y el PSOE dejaron constancia en el diario de sesiones de su malestar por haberse enterado de los nombramientos por la prensa y de la poco airada posición en la quedaban al no poder discutir, aunque fuera sin esperanzas, el perfil de los candidatos.

Podría pensarse que a medida que pasaban los años el procedimiento iría alcanzando cierta madurez, aún dentro del estrecho margen normativo, y sería flexibilizado para paliar estos defectos.

Por el contrario, en la primera ocasión en la que el Senado tenía que realizar la sustitución de un magistrado, seis años después del primer nombramiento, el proceso se llevó a cabo de un modo aún más sumario si cabe, de modo que las minorías se consideraron aún más ignoradas.

En efecto, la sesión del 11 de febrero⁴¹⁸ comenzó con una intervención del Presidente en la que se anunciaba que se iba a incluir en el orden del día un punto nuevo, la elección de un magistrado del Tribunal Constitucional. Así pues, en esta ocasión muchos de los senadores de la oposición –y algunos de los que formaban la mayoría- ni siquiera sabían antes de entrar en el Salón de Plenos que ese día aprobarían la sustitución del primer Presidente del Tribunal Constitucional. Tan es así, que la intervención del Presidente al inicio de la sesión fue contestada por un senador que le pidió aclaraciones sobre la legalidad de introducir un punto nuevo en el orden del día sin someterlo a la aprobación del Pleno⁴¹⁹, lo que fue contestado por el Presidente en el sentido de que era posible realizarlo de esa forma. Un reflejo claro de los sentimientos

⁴¹⁸ Diario de Sesiones del Senado. II Legislatura. Num. 145, 11 de febrero de 1986.

⁴¹⁹ Reproducimos aquí el diálogo entre el Presidente y el senador Arespacochaga:

“El señor PRESIDENTE: Se abre la sesión.

Antes de entrar en el orden del día, he de indicar a la Cámara que la Mesa ha acordado, oída la Junta de Portavoces, introducir un nuevo punto, que será el segundo a partir de este momento, en el orden del día, que es la elección de vocal para el Tribunal Constitucional. (El señor Arespacochaga pide la palabra.)

Tiene la palabra el señor Arespacochaga.

El señor ARESPACOCACHAGA Y FELIPE: La Junta de Portavoces ha adoptado la decisión por mayoría. Pregunto si el Reglamento no exige que la Cámara vote el que se introduzca, una vez impreso el orden del día, una variación hecha por la Junta de portavoces.

El señor PRESIDENTE: No lo exige. Lo he estado mirando hace unos segundos, he consultado a los letrados y el permiso de la Cámara para variar el orden del día se ha de pedir iniciada la sesión. La sesión no se había iniciado y, por lo tanto, no lo exige.

de la minoría puede verse en las palabras del senador Arespacochaga, el único que intervino en el casi inexistente debate, y tan sólo para quejarse del procedimiento:

“Agradecemos profundamente, señor Presidente, la delicadeza de darnos este turno que solicitamos por una cuestión de procedimiento. Se nos ha convocado a la Junta de Portavoces el sábado comunicándonos: uno, la dimisión del Presidente del Tribunal Constitucional; dos, el cambio del orden del día, cuando ya estaba impreso; tres, la elección de un miembro del citado Tribunal. Ayer por la noche, unas cuarenta y dos horas antes de su elección y no todas hábiles, se nos comunicó por el Grupo Socialista el nombre del Vocal a nombrar. Agradecemos la transmisión de todas estas órdenes, aun en la brusca redacción de un telegrama, pero creemos que este no es el procedimiento, por lo que el voto de nuestro Grupo no deberá interpretarse en ningún caso como rechazo a una persona, sino como repulsa a un procedimiento de urgencia primero, de imposición después, que va en contra de la dignidad de la Cámara y quizá de la credibilidad del Tribunal aludido”.

De hecho, la mayor parte del debate de ese día se dedicó a las preguntas de control a los miembros del Gobierno. La cuestión de la renovación del Tribunal apenas ocupa la mitad de una de las 18 páginas del diario de sesiones en el que consta lo debatido aquel día en la sesión plenaria.

La explicación dada por el Presidente a la premura de los plazos consta también en el diario de sesiones:

“En cuanto a lo demás, en esta Cámara se recibió la dimisión del Presidente del Tribunal Constitucional el viernes pasado, y el 22 parece que había de constituirse. La presentación de las candidaturas se ha efectuado con anterioridad al inicio de la sesión”.

La respuesta no parece una explicación suficiente a la vista de que, como ya se ha mencionado, la dimisión de García Pelayo había sido comunicada al Pleno del Tribunal Constitucional el 10 de noviembre y había sido hecha pública por él mismo el 6 de enero del año siguiente. Así que algo falla en el procedimiento si el Senado tiene que introducir repentinamente en el orden del día la cuestión el 11 de febrero, y el nombre del único candidato propuesto se comunica a la oposición la noche anterior.

Como puede verse, el procedimiento no había mejorado en absoluto con la práctica parlamentaria sino que su falta de regulación era utilizada por el Gobierno para buscar una confirmación rápida, amparada en su amplia mayoría, sin conceder el tiempo mínimo para que la cuestión generase algo de debate parlamentario que pudiera trasladarse a la opinión pública a través de los medios de comunicación.

El candidato propuesto por el Gobierno fue Fernando García-Mon, y por lo que respecta a la motivación del nombramiento o a los méritos del candidato, las formas fueron las mismas que en los casos anteriores. El Secretario Primero de la Cámara leyó al Pleno la carta presentada a la Mesa por el Grupo Socialista con el nombre del candidato propuesto: “Excelentísimo señor Presidente del Senado, conocida por la Cámara la renuncia al cargo de Magistrado y, por consiguiente, a la Presidencia del Tribunal Constitucional, del Excelentísimo señor don Manuel García Pelayo, por oficio dirigido a V. E. de fecha 6 de febrero de 1986 tengo el honor de proponer, en nombre de mi Grupo Parlamentario, al excelentísimo señor don Fernando García-Mon, quien tiene acreditado su ejercicio profesional en la Abogacía desde el año 1954 y ha sido Vocal del Consejo General del Poder Judicial por elección de esta Cámara, por lo que reúne los requisitos exigidos para ser elegido Magistrado del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo previsto en el artículo 159.2 de la Constitución Española y con lo

preceptuado en los artículos 16.1 y 18 de la Ley 2/1979, de 3 de octubre, Orgánica, del Tribunal Constitucional”.

El resultado de la votación fue muy parecido, en términos relativos, al que obtendría la candidatura de Leguina Villa en el Congreso tres días después. El Senado se componía entonces de 250 miembros por lo que era necesario alcanzar los 150 votos para sacar adelante el nombramiento. La propuesta de García-Mon obtuvo 155, por lo que llegó al mínimo necesario pero por un margen muy escaso. Al igual que en el Congreso, se rompía el consenso de 1980 ya que los senadores del principal grupo de la oposición –Alianza Popular- no respaldaron el nombramiento.

A partir de 1986, los nombramientos seguirían siempre la misma pauta y los debates se desarrollarían de manera parecida. El partido que disponía de la mayoría parlamentaria proponía candidatos que le resultaban ideológicamente aceptables y el principal partido de la oposición les negaba sus votos. Y las sesiones en las que se producían estos nombramientos eran siempre breves, ya que el procedimiento no daba margen para otra cosa.

Desde el punto de vista de la opinión pública, este sistema de cuotas ha ido desprestigiando progresivamente al Tribunal al hacer que los medios de comunicación y los ciudadanos considerasen cada vez más a los magistrados como jueces de constitucionalidad alineados con el partido político que había propuesto su nombramiento.

En general, la doctrina ha criticado este modo de proceder de los partidos políticos, aunque reconociendo que el sistema de cuotas es la consecuencia natural de la regulación constitucional, orgánica y reglamentaria. Hay quien ha solicitado que al menos los grupos parlamentarios utilicen su minoría de bloqueo –cuando dispongan de

ella- para rechazar nombramientos de personas excesivamente vinculadas a un partido o que carezcan del mínimo prestigio profesional exigible⁴²⁰.

7. EL SISTEMA DE COMPARECENCIAS EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (LA REFORMA DEL AÑO 2000)

7. 1. LA RESOLUCIÓN DE LA PRESIDENCIA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS DE 25 DE MAYO DE 2000.

Tras las reformas de los reglamentos parlamentarios de 1982, que como hemos visto recogieron en esencia –por lo que respecta a nuestro tema de estudio- los contenidos de las resoluciones de la Presidencia de las cámaras, el procedimiento de designación de magistrados del Tribunal Constitucional por el Congreso y el Senado no fue modificado durante los siguientes 18 años, en los que se consolidó el sistema de nombramientos por cuotas partidistas a los que ya hemos hecho referencia.

Pero en el año 2000 se produjo una reforma importante que reaccionaba en cierta medida a las críticas de los grupos minoritarios, algunas de las cuales hemos recogido aquí. En general –como hemos visto- a estos grupos les correspondía un papel poco airoso cuando tenían que votar la propuesta de un candidato presentado por alguno de los mayoritarios por medio de un breve y no motivado escrito leído por la Mesa y sometido en el mismo día a la consideración del Pleno. Esto venía sucediendo no sólo

⁴²⁰ Así PÉREZ TREMPES, P (2006) pp. 8 y 11 y GARCÍA ROCA, J (2006) p. 92.

con las candidaturas al Tribunal Constitucional sino en todos los demás casos previstos por la Constitución y las leyes, en los que un nombramiento tenía que ser aprobado por las Cámaras.

La Resolución de la Presidencia del Congreso llevaba fecha de 25 de mayo de 2000⁴²¹, y venía precedida de una interesante exposición de motivos:

“ (...) la regulación en vigor contempla esencialmente la deliberación y votación por el Pleno de las candidaturas propuestas por los Grupos Parlamentarios sin establecer ninguna regulación de los trámites previos hasta ser alcanzado el necesario acuerdo entre ellos. A la espera de una regulación definitiva de esta materia en el futuro Reglamento del Congreso, la presente Resolución tiene por objeto introducir un procedimiento para el examen previo de las candidaturas presentadas por los Grupos Parlamentarios para los cargos públicos cuya designación corresponde a la Cámara. A tal efecto se crea un órgano parlamentario de naturaleza consultiva, integrado por representantes de los Grupos Parlamentarios, al que corresponde informar al Pleno acerca de la idoneidad de las personas propuestas para acceder a los diferentes cargos, previa comparecencia personal ante la Comisión, si se estima conveniente, de los propios candidatos”.

Como puede verse, la reforma no pretende recoger ninguna formulación doctrinal novedosa ni profundiza en consideraciones teóricas. Su pretensión parece modesta y esencialmente procedimental, pero introduce de hecho un cambio que, como veremos, reviste una gran importancia.

⁴²¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales. VII Legislatura. Congreso de los Diputados. Serie D. Num. 20, de 26 de mayo de 2000.

Así pues, la razón de la reforma es que “la regulación en vigor contempla esencialmente la deliberación y votación por el Pleno de las candidaturas propuestas por los Grupos Parlamentarios sin establecer ninguna regulación de los trámites previos hasta ser alcanzado el necesario acuerdo entre ellos”.

Es una explicación sencilla, clara y sorprendentemente breve. Pero como ha sucedido en tantas ocasiones en el ámbito del derecho constitucional, nos parece que en esta breve formulación se encuentran –de algún modo “escondidos”- algunos conceptos que pueden ayudar a comprender mejor la evolución más reciente, en la práctica, de la naturaleza de la función del control de constitucionalidad.

Con esto no queremos decir que la pretensión del legislador que redactó esos términos fuera tan ambiciosa. No siempre suceden así los cambios en el ámbito del derecho constitucional. Es frecuente que una necesidad práctica provoque una reforma modesta. Y también sucede que esa necesidad responde a una tensión real del sistema de “*checks and balances*” en que consiste el derecho constitucional, de manera que la norma que viene a resolverla incluya –casi sin saberlo- principios nuevos que ayudan a esclarecer las cosas. Obviamente, el alcance que esos principios pueden tener depende absolutamente de cómo sean desarrolladas y ejercidas en la práctica real, y de cómo sean comprendidas por la doctrina y explicadas a la opinión pública. En buena medida, el objeto de este trabajo es tratar de averiguar si este cambio puede haber introducido –o podría introducir- en nuestro sistema constitucional algunas de las herramientas que ya funcionan desde hace décadas en otros sistemas, esencialmente el norteamericano, y en qué medida podrían mejorar la posición y el ejercicio del control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

Y como es obvio, este cambio no puede haber sido intencionado y no responde a ningún desarrollo teórico nuevo sobre el control de constitucionalidad puesto que el nuevo procedimiento se aplica a todos los nombramientos de cargos públicos⁴²² que corresponden al Congreso de los Diputados.

Pero volvamos a la norma. Tras la citada explicación de sus motivos, la Resolución cambia la regulación del procedimiento por medio de siete preceptos que comentaremos a continuación.

En el primer artículo se establece el ámbito de competencia de la Resolución:

“Las propuestas de designación de miembros de Órganos Constitucionales así como los nombramientos de Autoridades del Estado que corresponda efectuar al Congreso de los Diputados conforme a la Constitución y a las leyes se tramitarán con arreglo al procedimiento establecido en el Título XII del Reglamento de la Cámara y a lo dispuesto en la presente Resolución”.

Como es sabido, nuestra Constitución no define en sí mismo el concepto de “órgano constitucional” pero éstos sí aparecen mencionados en el art. 59.2 de la LOTC como sujetos legitimados para suscitar un conflicto de competencias. En ese listado figuran: el Gobierno, el Congreso de los Diputados, el Senado y el Consejo General del Poder Judicial. Por otra parte, el art. 1.1 de la misma LOTC afirma que “El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica”. Del conjunto de estos dos preceptos puede con facilidad deducirse que

⁴²² La cuestión de la designación parlamentaria de cargos públicos ha sido estudiada –en general, sin referencia específica al Tribunal Constitucional– en la interesante monografía de SANTAOLALLA LÓPEZ, F. y PAUNER CHULVI, C. “Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2010.

en nuestro sistema hay, al menos, cinco “órganos constitucionales” y que uno de ellos es el propio Tribunal Constitucional.

No entraremos aquí en la conocida discusión doctrinal sobre la definición y el alcance de la categoría de “órgano constitucional”, que se desarrolló con intensidad en la doctrina alemana e italiana y se mantuvo también viva entre nosotros en los primeros años de ejercicio del Tribunal con el objeto de fijar con claridad su posición en nuestro sistema constitucional⁴²³. Por lo que respecta a nuestro trabajo, es suficiente con saber que cuando la Resolución se refiere a la designación por el Congreso de miembros de “órganos constitucionales” se incluye, sin ninguna duda, al Tribunal Constitucional⁴²⁴.

La Resolución pasa a continuación a reconfigurar la iniciativa para la proposición de candidaturas. Así, según el art. 2:

“1. Cuando el Congreso de los Diputados haya de efectuar una propuesta para la designación de personas o proceder al nombramiento directo de éstas la Mesa de la Cámara, a iniciativa propia o a instancia de los órganos o instituciones correspondientes, acordará la apertura de un plazo para la presentación de candidaturas.

2. Cada Grupo Parlamentario podrá proponer, como máximo, tantos candidatos como puestos a designar o nombrar por el Congreso.

⁴²³ El concepto mismo fue formulado primero por Jellinek y luego de modo más explícito por Santi Romano cfr. ROMANO, S. (1990). Entre nosotros puede encontrarse ya el reflejo de esta discusión en las primeras reflexiones teóricas sobre el estatuto del Tribunal, como las de GARCÍA PELAYO, M. (1981) o GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981).

⁴²⁴ El precepto incluye también a las designaciones de “Autoridades del Estado” que correspondan al Congreso de los Diputados. El procedimiento para el nombramiento de esas “Autoridades” se regula también por la Resolución y por el Título XII del Reglamento del Congreso. El término “Autoridades del Estado” podría plantear aquí también alguna confusión, como la de saber si se aplica, por ejemplo, al Defensor del Pueblo, cuyo procedimiento de designación figura en su propia Ley Orgánica y al que no se hace mención alguna en el Título XII del Reglamento. Obviamente, habrá que estar aquí a la aplicación de la norma especial, que crea una Comisión mixta Congreso-Senado encargada de la designación y de las relaciones entre el Defensor y las Cámaras.

3. Las candidaturas se presentarán por escrito en el Registro General de la Cámara acompañadas de un currículum vitae de cada candidato, en el que se especificarán sus méritos profesionales y académicos y demás circunstancias que, en opinión del Grupo Parlamentario proponente, manifiesten la idoneidad del candidato para el puesto. Asimismo, las candidaturas deberán acreditar, en la forma que establezca la Mesa de la Cámara, el cumplimiento por los candidatos de los requisitos establecidos por la Constitución y las leyes”.

La primera cuestión novedosa que aporta la redacción de este párrafo es la obligación de que la Mesa acuerde la apertura de un plazo para la presentación de candidaturas cuando corresponda al Congreso la designación de uno o varios de los cargos a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

Ahora bien, el tenor del precepto plantea una pregunta inmediata ¿qué plazo habrá de acordarse? La extensión del mismo no resulta en absoluto indiferente, ya que, como hemos visto, uno de los motivos por los que el procedimiento anterior había sido más criticado era por el escaso tiempo del que disponía la oposición para decidir sobre los candidatos propuestos por los grupos parlamentarios mayoritarios (en ocasiones, 24 o 48 horas) Es cierto que ahora nos estamos refiriendo al plazo de presentación de candidaturas, y no al de votación, pero también es importante la diferencia entre un plazo amplio, de 15 ó 30 días, y uno más corto de 24 ó 48 horas cuando se trata de encontrar un candidato para el Tribunal Constitucional que ha de obtener el respaldo de tres quintos de los Diputados.

En el segundo punto, referido a la cantidad de candidatos que pueden proponerse, se mantiene la regulación del artículo 204 del Reglamento del Congreso en

el sentido de que cada Grupo Parlamentario puede proponer, como máximo, un número de candidatos igual al de los puestos a cubrir.

Pero es el último párrafo del artículo 2 de la Resolución el que introduce una de las novedades verdaderamente importantes. En adelante, cada Grupo deberá presentar en el Registro de la Cámara un escrito que incluya el curriculum del candidato desarrollando sus méritos y las razones por las que es propuesto. Además, deberá acreditarse que el candidato cumple con los requisitos exigidos por la Constitución o las leyes para cada puesto.

Como habíamos visto, antes del año 2000 la única indicación que se hacía sobre el candidato en el escrito de propuesta que era leído ante el Pleno por el Presidente era el nombre del candidato. Con esos méritos, se pedía a los 350 Diputados que se pronunciaran sobre su idoneidad para ocupar un puesto de Magistrado en el Tribunal Constitucional. En realidad, lo habitual era que miembros de los grupos minoritarios conocieran los nombres y los méritos de los candidatos unos días antes, cuando éstos eran filtrados a los medios de comunicación una vez alcanzado el acuerdo entre los partidos mayoritarios.

Con el nuevo procedimiento, los Diputados tendrán un curriculum oficial y una motivación que pueden estudiar antes de decidir su apoyo a la candidatura propuesta. Pero como es lógico, la profundidad y amplitud con la que estos méritos podrán ser estudiados y, en su caso, debatidos en la opinión pública antes de la votación, dependerá de los plazos fijados por la Mesa.

Desde nuestro punto de vista, la exigencia de un curriculum y de una motivación es un avance sustancial sobre la regulación anterior. Pero podría resultar aún insuficiente. Como hemos visto en la primera parte del trabajo, el Comité Judicial del

Senado de los EEUU dispone de una información mucho más amplia y profunda proporcionada, además de por la oficina del Presidente que nombra al candidato, por agencias federales de investigación que realizan un estudio exhaustivo del candidato que ponen a disposición de los legisladores. También son muy superiores los medios materiales de los que disponen los miembros de dicho Comité para realizar el trabajo previo al debate de confirmación, que implica de modo habitual un análisis muy pormenorizado de todos los escritos, especialmente las sentencias, de los que sea autor el candidato.

Obviamente, y esto es una parte esencial de este trabajo, este modo de proceder implica una concepción distinta del debate de confirmación. La idea principal que late detrás de la Resolución de 2000 a este respecto es proporcionar a la oposición instrumentos para verificar que se cumplen los requisitos exigidos por la ley para el nombramiento, y no tanto realizar un control político de fondo sobre el candidato. Por otra parte, la cuestión no puede regularse de manera demasiado específica cuando el procedimiento ha de aplicarse por igual a los Magistrados del Tribunal Constitucional, al Presidente de la Agencia EFE o a un Vocal de la Comisión Nacional de la Energía.

Por otra parte, la parte final del párrafo hace referencia a la necesidad de que las candidaturas acrediten el cumplimiento de las condiciones exigidas por la ley en la forma en que la Mesa lo solicite. Se trata de una referencia específica, que se introduce también como novedad, a la cuestión del cumplimiento de los requisitos legales. Con anterioridad, no había un cauce formal adecuado para el planteamiento de objeciones que no fuera directamente el de la votación negativa en el Pleno. Por lo que respecta a los candidatos al Tribunal, la acreditación de unas condiciones tan vagamente formuladas como lo están en el art. 159.2 de la Constitución no resulta tan sencillo, pero

en cualquier caso es potestad de la Mesa decidir de qué modo habrá de hacerse dicha acreditación.

Sobre la acreditación de la pertenencia a las categorías profesionales a las que se refiere el art. 159.2, ha sido bastante frecuente la crítica doctrinal con respecto a la amplitud de los términos utilizados, que incluyen prácticamente todos los ámbitos de las profesiones jurídicas y dejan bastantes cosas por determinar, especialmente en relación con el cómputo de los quince años de ejercicio profesional. Pueden plantearse múltiples dudas de interpretación, como las relacionadas con la condición de funcionario público, servicios especiales, acumulación de periodos de ejercicio en más de una de las categorías mencionadas o cuestiones similares. De hecho, la jurisprudencia contencioso-administrativa se ocupa con frecuencia de resolver problemas parecidos en relación con la provisión de plazas resueltas por administraciones públicas diversas cuando se exigen requisitos muy parecidos a los que figuran en el art. 159.2 CE.

El problema es que la cuestión jurisdiccional no resulta tan clara cuando se trata de impugnar nombramientos que corresponden a las Cámaras⁴²⁵. De hecho, y a diferencia con lo que sucede con los nombramientos del Gobierno o del CGPJ, los realizados por las Cámaras no pueden considerarse “actos en materia de personal” y no caen, por tanto, dentro del ámbito de la LJCA⁴²⁶. El Tribunal Supremo viene manteniendo una línea jurisprudencial clara⁴²⁷ según la cual el respeto a la autonomía de las Cámaras y el carácter de “confianza” que implican las designaciones parlamentarias

⁴²⁵ De especial interés sobre esta materia el artículo de MARTÍNEZ CORRAL, J. A. (2008) pp. 91-124.

⁴²⁶ Según el art. 3 a) de la LJCA, el orden contencioso-administrativo conoce de las pretensiones deducidas en relación con “a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo»

⁴²⁷ En este sentido, ATS 27 de septiembre de 2001 y STS de 20 de enero de 2003.

dejan un amplio margen de discrecionalidad de difícil fiscalización, quedando el control jurídico de dichas designaciones en manos del Tribunal Constitucional por la vía del art. 42 de la LOTC⁴²⁸, aunque en este caso el control queda limitado por la necesidad de que exista vulneración de algún derecho fundamental susceptible de amparo constitucional.

Ahora bien, sí parecen objetivamente controlables los requisitos de elegibilidad establecidos por el art. 159 de la Constitución. Pero si la Mesa acordara admitir una candidatura que no cumpliera con estos requisitos, por ejemplo si fuera discutible el cómputo efectuado para calcular los quince años de ejercicio profesional, no parece que ese acuerdo pudiera impugnarse por la vía del recurso previsto en el art. 42 LOTC, salvo forzando extraordinariamente la naturaleza del mismo. Y en tal caso parece que sí habría que admitir que el acto de la Mesa pueda ser impugnado ante la jurisdicción contenciosa, que tendría que limitarse a resolver sobre la cuestión del cómputo del plazo.

7. 1. 1. La Comisión Consultiva de Nombramientos

Tras ocuparse de las candidaturas, la Resolución pasa a ocuparse en los artículos 3 y 4 de lo esencial del nuevo procedimiento, que incluye la creación de una nueva Comisión parlamentaria llamada Comisión Consultiva de Nombramientos.

El art. 3 establece que:

⁴²⁸ “Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras y Asambleas, sean firmes”.

“1. Concluido el plazo para la presentación de candidaturas la Mesa de la Cámara ordenará su remisión a la Comisión Consultiva de Nombramientos del Congreso de los Diputados.

2. La Comisión Consultiva de Nombramientos es el órgano asesor de la Cámara en esta materia. Estará integrada por el Presidente del Congreso, que la presidirá, y por los Portavoces de los Grupos Parlamentarios, quienes podrán hacerse representar por otros Diputados de su mismo Grupo. Actuará como secretario de la Comisión Consultiva el Secretario General del Congreso. La Comisión Consultiva de Nombramientos adoptará sus acuerdos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39.4 del Reglamento del Congreso.

3. La Comisión Consultiva procederá al examen de las candidaturas presentadas. Si alguna de ellas propusiera a personas que no cumplan los requisitos objetivos establecidos en la Constitución o en las leyes será rechazada. De esta decisión se dará cuenta al Grupo Parlamentario proponente, que podrá presentar nuevos candidatos, en sustitución de los rechazados, en el plazo que al efecto establezca la Mesa del Congreso.

4. Una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos objetivos para el nombramiento, la Comisión Consultiva, a iniciativa propia o a petición de un Grupo Parlamentario, podrá acordar la comparecencia personal de los candidatos ante ésta.

5. Durante la comparecencia los miembros de la Comisión Consultiva podrán solicitar al candidato aclaraciones sobre cualquier extremo relacionado con su trayectoria profesional o académica o sobre sus méritos personales. La Presidencia velará, en todo caso, por los derechos del compareciente e inadmitirá aquellas preguntas que pudieran menoscabar o poner en cuestión indebidamente el honor o el derecho a la intimidad del candidato.

6. Las comparecencias y las deliberaciones posteriores seguirán el régimen general de publicidad de las sesiones de las Comisiones de la Cámara previsto en el artículo 64.1 del Reglamento, salvo que la Comisión Consultiva acuerde su celebración a puerta cerrada.

7. Aquellos candidatos que fuesen invitados a comparecer ante la Comisión Consultiva y no lo hicieran quedarán excluidos durante el resto del procedimiento”.

Lo primero que puede decirse sobre la Comisión creada en este precepto es que supone un avance importante en materia de nombramientos pero supone una opción por un modelo no especializado que puede presentar notables inconvenientes.

En este trabajo nuestro modelo de referencia fundamental está siendo el Comité Judicial del Senado de los EEUU. Como es obvio, se trata en ese caso de un órgano parlamentario especializado que prácticamente sólo se dedica al control de los nombramientos judiciales. Y está integrado por unos senadores que con frecuencia permanecen en el cargo durante larguísimos períodos de tiempo, como consecuencia de su amplio mandato de seis años y de la práctica política y electoral norteamericana. Lo habitual es que el Presidente del Comité y el líder de la minoría, en representación de los dos grandes partidos, acumulen experiencia y prestigio en su puesto durante muchos años, lo que les sitúa en una posición política muy fuerte de cara al control de los nombramientos.

La Comisión de Nombramientos creada por la Resolución está formada por el Presidente de la Cámara y los Portavoces de los Grupos Parlamentarios. Esto supone también, de entrada, que queda excluida la representación de quienes no hayan obtenido Grupo Parlamentario propio, lo que por otra parte parece razonable y coherente con otras normas con parecido sentido contenidas en los Reglamentos de las Cámaras.

El precepto aclara que los Portavoces de los Grupos “podrán hacerse representar por otros Diputados de su mismo Grupo”, lo que podría hacer desaparecer el problema de la especialización. Cada Grupo podría destinar a la Comisión a los Diputados adecuados en función de los nombramientos de los que se trate. En otro punto analizaremos cuál ha sido la práctica seguida por los Grupos en este sentido.

Sobre la toma de acuerdos en la Comisión, la Resolución prevé que se utilice el mismo sistema previsto por el art. 39.4 del Reglamento del Congreso para la adopción de acuerdos por parte de la Junta de Portavoces, es decir, el de la mayoría ponderada. Podría discutirse si esto es razonable en el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional, pero parece bastante lógica la previsión de la norma teniendo en cuenta que se refiere a todo tipo de nombramientos y que la Comisión reproduce la composición de la Junta de Portavoces. En cualquier caso, la mayoría requerida para la propuesta final de candidatos al Tribunal sigue siendo, como es obvio, de tres quintos de los Diputados.

El siguiente punto se refiere a una cuestión importante que ya hemos discutido aquí. Se trata de la potestad de rechazar las candidaturas por incumplimiento de alguno de los requisitos objetivos de elegibilidad establecidos por la Constitución o las leyes. Ya nos hemos referido a la cuestión de la posibilidad de impugnación de los acuerdos de la Mesa sobre esta materia. La Resolución otorga a la Comisión de Nombramientos la facultad de rechazar una candidatura por incumplimiento de estas condiciones, y aunque la norma remite a la Mesa para la fijación de un nuevo plazo para presentar candidatos, parece que la decisión última sobre esa aceptación o rechazo corresponde a la Comisión. En tal caso, sería ese acuerdo de la Comisión el que podría ser impugnado –si se admite tal posibilidad- ante la jurisdicción contenciosa o ante el Tribunal Constitucional por la vía ya señalada del art. 43 de la LOTC.

En cualquier caso, si la cuestión se trasladara a la Junta de Portavoces la mayoría necesaria sería la misma, puesto que, como se ha dicho, los acuerdos de la Comisión de Nombramientos se adoptan por el criterio del voto ponderado.

Por fin, en el párrafo cuarto se establece la posibilidad de que la Comisión, a propuesta propia o por iniciativa de algún Grupo Parlamentario, solicite la comparecencia personal de alguno de los candidatos propuestos.

Podría pensarse que habría sido mejor hacer obligatoria esta comparecencia, pero volvemos de nuevo a la cuestión de que la Comisión no es especializada sino genérica y por tanto la regulación se refiere por igual al nombramiento de magistrados del Tribunal y al de los Vocales de la Comisión Nacional de la Energía. Desde nuestro punto de vista, la comparecencia de los candidatos al Tribunal debiera producirse siempre, incluso en el caso –infrecuente, como hemos visto, en los últimos tiempos- de que los partidos mayoritarios alcancen un acuerdo previo que les permita proponer candidatos de consenso. Y eso porque el objeto de la comparecencia no es alcanzar un acuerdo, que habitualmente no se producirá, sino permitir que la opinión pública controle, por medio de sus representantes, el perfil político y jurídico de las personas a las que se va a conceder el extraordinario poder de ser los intérpretes últimos de la Constitución.

La Resolución no establece nada en relación a la duración de la comparecencia, lo que, como hemos visto en el estudio comparado, puede ser un aspecto muy importante del procedimiento. Como se verá al analizar la práctica de las comparecencias de los últimos años, si todos los Grupos presentan los candidatos permitidos la Comisión puede encontrarse con un número relativamente elevado de comparecientes. Obviamente, la profundidad y extensión del control no serán iguales si

comparece un candidato durante varios días –como sucede en el Senado de los EEUU– que si 10 ó 15 candidatos comparecen en una misma sesión que es la única de la que disponen los miembros de la Comisión para realizar sus preguntas.

La Resolución ha optado por dejar la cuestión abierta. Esto no tiene por qué ser negativo, y no es tampoco muy diferente en lo normativo del modelo norteamericano, en el que muy pocas cuestiones de procedimiento están taxativamente reguladas y la potestad de los miembros del Comité Judicial para decidir sobre el número y extensión de las sesiones de control es prácticamente ilimitada.

El párrafo 5 se refiere también a una cuestión decisiva, que ha estado el centro de la polémica sobre las confirmaciones en EEUU. Se trata del contenido mismo de la sesión de control, es decir, de los límites del poder de los Diputados para interrogar a los candidatos comparecientes. Ya hemos visto en la primera parte del trabajo como la doctrina norteamericana y la práctica parlamentaria han polemizado con mucha frecuencia sobre qué tienen derecho a preguntar los miembros del Comité Judicial en las sesiones de confirmación. Como se recordará, los encendidos debates sobre Robert Bork o Clarence Thomas tensaron enormemente los límites del procedimiento llevándolo a los que quizá sean sus posibilidades más extremas: por un lado el examen más implacable de la conducta personal del candidato y por el otro el afán por obtener un retrato absolutamente preciso del perfil ideológico del candidato para poder “predecir” sus futuras posiciones en los debates de interpretación constitucional de mayor relevancia política.

Como decíamos, este problema es abordado por el art. 3.5 de la Resolución. El precepto delimita el alcance de lo que puede preguntarse a las aclaraciones “sobre

cualquier extremo relacionado con su trayectoria profesional o académica o sobre sus méritos personales”.

La norma ha optado de esta forma por dejar un amplio margen de libertad en las preguntas, ya que resulta difícil imaginar qué clase de intervención de alguno de los miembros de la Comisión podría no estar cubierta por los términos empleados.

En cualquier caso, se otorga a la Presidencia el poder de inadmitir las preguntas que considere que podrían menoscabar o poner en cuestión el derecho al honor o a la intimidad del candidato.

Y aquí sí escoge la Resolución unos términos que creemos que podrían ser especialmente conflictivos en el caso de la comparecencia de candidatos al Tribunal.

Porque si un miembro de la Comisión pretende obtener de un candidato información que podríamos llamar “ideológica” para tratar de anticipar su posición jurídica en cuestiones especialmente controvertidas ¿no estará vulnerando su derecho a la intimidad? Si el candidato se ampara en ese derecho, o en su libertad ideológica, para negarse a responder esa clase de preguntas, ¿deberá ampararle la Presidencia?

Tal y como está redactado el precepto, se conceden a la Presidencia amplios poderes de decisión. Por otro lado, esto no puede hacerse de manera muy diferente, ya que no sería posible esperar a una decisión fundada en derecho que aclarase si una pregunta vulnera o no efectivamente los derechos mencionados. De hecho, esa discrecionalidad concedida a la Comisión coincide también con el modelo norteamericano.

Volveremos a estas cuestiones tras analizar lo que de hecho ha ido sucediendo en las comparecencias.

Al analizar el modelo del Comité Judicial del Senado de los EEUU nos hemos referido también a otro punto esencial, el de la publicidad de las sesiones de confirmación. En el caso del Tribunal Supremo norteamericano, la práctica parlamentaria ha ido evolucionando desde las primeras sesiones cerradas hasta las actuales sesiones que se retransmiten en directo por todos los canales técnicamente posibles y son intensamente seguidas por los medios de comunicación llamados “serios” y, en ocasiones, por la opinión pública en general.

La Resolución remite la cuestión a la regulación general de la publicidad del trabajo de las Comisiones del Congreso, que como es sabido es restrictiva. Lo previsto por el art. 64.1 del Reglamento es que las “sesiones de las Comisiones no serán públicas”. No obstante se admite la presencia de representantes de los medios de comunicación salvo cuando se disponga que la Comisión trabaje en secreto. Según el 64.2, el acuerdo para decidir el secreto requerirá el voto de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

De este modo, la norma opta por mantener el restrictivo régimen general previsto para el trabajo de las Comisiones del Congreso. Dado que se permite la presencia de la prensa, podría considerarse irrelevante que no se impida la entrada de público, aunque la opinión pública de los países democráticos cada vez acepta peor cualquier apariencia de opacidad o de falta de transparencia incluso cuando ésta se impone por supuestas razones de eficacia.

En el caso del nombramiento de magistrados del Tribunal, lo que desde luego no podría ser defendible en ningún caso es que la Comisión acordara –como se lo permite el Reglamento- declarar secretas las comparecencias e impedir el acceso a la prensa.

Como ya se ha dicho, dichas comparecencias perderían su sentido esencial si la opinión pública no tuviera acceso a ellas.

El siguiente precepto, el cuarto de la Resolución, sirve para dejar clara la competencia final del Pleno sobre la propuesta de candidatos. De hecho, el resultado formal de las comparecencias ante la Comisión es que ésta traslade al Pleno su criterio sobre la idoneidad de los candidatos para acceder a los puestos a cubrir.

Como se recordará, este criterio habrá de formarse según las reglas generales de adopción de acuerdos por parte de la Junta de Portavoces, es decir, por el sistema de voto ponderado. No se exige ninguna mayoría reforzada.

Cabe aquí preguntarse sobre la importancia que tendrá esta recomendación al Pleno por parte de la Comisión. En el caso del Senado norteamericano, la decisión que se toma en el Comité Judicial es decisiva y no suele ser casi nunca distinta de la que se adopta finalmente en el Pleno. Pero en ese caso las mayorías exigidas son las mismas, lo que no sucede en el procedimiento previsto por la Resolución. Así que es previsible que el criterio de la Comisión, acordado por mayoría simple, pueda ser positivo, y sin embargo no se alcancen en el Pleno los tres quintos de los votos necesarios.

También analizaremos la práctica parlamentaria que se ha ido consolidando sobre este punto.

7. 2. ANÁLISIS DE LAS COMPARECENCIAS ANTE LA COMISIÓN CONSULTIVA DE NOMBRAMIENTOS DEL CONGRESO.

7. 2. 1. Las comparecencias de 25 de octubre de 2001.

La nueva normativa se estrenó para las propuestas de candidatos al Tribunal Constitucional en la sesión del 24 de octubre de 2001⁴²⁹, aunque ya se había utilizado previamente para otros nombramientos.

Se trataba entonces de renovar a los cuatro magistrados procedentes del Congreso. Al principio de la sesión la Presidenta expuso de modo breve cuál sería el procedimiento específico –en lo que no se detalla en la Resolución- que habría de seguirse:

“El desarrollo de la sesión, tal y como tenemos fijado por los precedentes, será el siguiente: los candidatos irán compareciendo a medida que sean llamados; tendrán una primera intervención, a su elección, de cinco minutos, para exponer aquello que entiendan que pueda ser ilustrativo para los miembros de esta Comisión en aras a fijar su criterio de idoneidad respecto al puesto para el que puedan ser elegidos y, a continuación, podrán intervenir los grupos, en orden de menor a mayor, por otros cinco minutos, existiendo un turno de respuesta del compareciente. Posteriormente, tras la contestación del candidato, podrá hacerse alguna manifestación por parte de los grupos, si así lo desean. A continuación, los miembros de esta Comisión consultiva pondrán de manifiesto el criterio de idoneidad”.

Al anunciar estas normas, la Presidenta estaba utilizando las que la Comisión había acordado para nombramientos anteriores (se habla explícitamente de los “precedentes”) Quizá eso pueda explicar la escasez de tiempo que se concede a los

⁴²⁹ Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones. VII Legislatura. Comisiones. Consultiva de Nombramientos. Num. 346, de 25 de octubre de 2001.

candidatos para defender sus méritos, lo que podría entenderse si el número de puestos a cubrir fuera mucho mayor o si todos los Grupos hubieran propuesto candidaturas. Desde luego, si sólo van a comparecer cuatro candidatos, como sucedió en esta ocasión, cinco minutos parece un plazo demasiado corto. En la práctica del senado norteamericano, no hay limitación de tiempo para el turno inicial de intervención por parte de cada candidato. Aunque hay que tener en cuenta que es una costumbre parlamentaria muy establecida ya en esa cámara la de que –en general- el interviniente pueda permanecer casi indefinidamente en el uso de la palabra. Además, los debates de confirmación suponen siempre la comparecencia de un sólo candidato, o de dos en casos extraordinarios.

En cualquier caso, las normas de procedimiento anunciadas por la Presidenta también dejan claro que las comparecencias se desarrollarán en una sola sesión, ya que al final de la misma ha de estar formado el criterio de la Comisión. También es éste un punto discutible, especialmente si todos los Grupos deciden presentar candidaturas y comparece un número muy elevado de candidatos.

En este caso sólo se presentaban cuatro candidaturas, que habían sido pactadas por los dos partidos mayoritarios, PP y PSOE, cuyos votos sumaban con holgura los 210 escaños necesarios. Cuando se hace público ese acuerdo extraparlamentario, lo habitual es que el resto de los Grupos renuncie a presentar nombres alternativos cuya viabilidad será nula.

Los propuestos en octubre de 2001 fueron Javier Delgado, Roberto García-Calvo, Eugenio Gay y Elisa Pérez Vera. Puesto que se trataba de los primeros comparecientes, analizaremos con algún detalle sus intervenciones y las posteriores de

los miembros de la Comisión, lo que puede servir para entender cómo veían unos y otros el sentido de este nuevo procedimiento.

a) Javier Delgado Barrio

La primera intervención que se produjo fue la de Javier Delgado Barrio, que había sido elegido ya en 1996 como magistrado del Tribunal pero había dejado su puesto tras sólo un año para pasar a ser Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.

Tras unas primeras palabras relativas a su biografía profesional Delgado se refirió al carácter normativo de la Constitución de 1978 y a la ilusión con la que los jueces como él la habían aplicado para superar el ordenamiento preconstitucional.

Después de su brevísima intervención, ajustada al tiempo concedido, comenzaron las preguntas de los miembros de la Comisión. La primera de ellas, del Diputado Mardones, miembro del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, resulta interesante para la cuestión de la “especialización” de la Comisión. Mardones era en ese momento el Portavoz de su Grupo en la Comisión de Justicia, y lo era ya en 1996 cuando Delgado compareció por primera vez ante la misma, en calidad de Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial. Sus palabras denotaban un amplio conocimiento de la trayectoria del candidato y muestran cómo el carácter genérico de la Comisión de Nombramientos puede ser fácilmente compensado por los Grupos designando en cada caso a la persona adecuada. Y en el caso que nos ocupa, parece razonable que esa designación recaiga en los portavoces de la Comisión de Justicia, como de hecho sucedió en este caso con todos los Grupos.

La siguiente intervención, del Diputado Silva Sánchez, del Grupo Catalán, se condujo también por la misma línea favorable al perfil profesional del candidato pero expresó también una clara crítica al procedimiento que recuerda mucho a algunas de las que ya hemos comentado en este trabajo. Decía Silva que:

“En cuanto al procedimiento, en estos momentos ya nos encontramos en esa última fase de la obra teatral que es el desenlace después de un planteamiento, al que después me referiré, que no ha sido correcto y después de un largo nudo que se ha prolongado desde julio hasta este mes de octubre”

Una vez más, encontramos aquí el disgusto de los grupos minoritarios con las largas negociaciones extraparlamentarias entre los dos grandes partidos que provocan retrasos en las renovaciones y terminan dejando al resto de grupos fuera de las propuestas. Tras la crítica, el portavoz catalán manifestó el acuerdo de su grupo sobre la idoneidad del candidato.

Quizá la intervención, a priori, de más interés, debiera ser la del portavoz socialista, ya que aunque la candidatura de Javier Delgado había sido pactada por PP y PSOE, Delgado era uno de los dos candidatos propuestos por el PP. Por otra parte, ambos Grupos habían consensuado los cuatro nombramientos, de manera que no habría parecido razonable que los representantes socialistas en la Comisión de Nombramientos trabajaran para que el candidato no obtuviera el apoyo del Pleno. En efecto, la intervención del Diputado López Garrido transcurrió, como las anteriores, por cauces muy favorables a la idoneidad del candidato y, como es obvio, sin críticas al acuerdo previo entre los dos grandes partidos. Pero una de sus preguntas, la última, sí se dirigió a tantear la opinión del candidato sobre un asunto específico de interpretación constitucional, aunque de manera indirecta. López Garrido preguntó:

“Por último, señor Delgado, nos gustaría saber cuál es su opinión sobre un asunto que tenemos encima de la mesa constantemente en este país, que es la inmigración y los derechos de los inmigrantes. Nos gustaría saber si usted cree que miles de personas inmigrantes que no tienen su documentación en regla, por ese solo hecho, tienen que ver menoscabados sus derechos fundamentales o los derechos fundamentales tienen que ser derechos que deben ser garantizados, proclamados para cualquier persona por el hecho de serlo sea cual sea su situación administrativa”.

La pregunta es especialmente interesante porque estaba claramente referida – aunque no de modo expreso- a obtener del candidato una opinión sobre la constitucionalidad de la nueva legislación de extranjería aprobada ese mismo año en el Congreso por la mayoría que respaldaba el Gobierno del Partido Popular.

La respuesta de Delgado sobre ese punto es también significativa:

“Derechos de los inmigrantes. Me gustaría contestar a esta pregunta, pero es un asunto que está pendiente ante el Tribunal Constitucional, y no me parece oportuno adelantar una opinión que la deberían conocer, en su caso, ante todo, los magistrados del Tribunal Constitucional, si se produjera mi nombramiento”.

Se trata de una respuesta clásica en las nominaciones al Tribunal Supremo de los últimos años, como hemos tenido ocasión de analizar en la primera parte del trabajo. En su momento hemos analizado también cómo este modo de proceder ha sido criticado por bastantes autores en EEUU por entender que la negativa de los nominados a responder a esa clase de preguntas priva al Senado de un elemento esencial de control. En cualquier caso, el estudio de las sesiones norteamericanas de confirmación también muestra ejemplos de cómo es posible obtener respuestas a estas cuestiones por medio de

aproximaciones más indirectas. Más eficaz aún es preguntar a partir de opiniones orales o escritas ya publicadas por el candidato con anterioridad a la nominación.

La última de las intervenciones, del representante del Grupo Popular –que había propuesto al candidato-, fue de tono menor, casi coincidente con la de su colega socialista. De hecho planteó al candidato una cuestión ya preguntada por López Garrido referente a la frecuentemente tensa relación entre el Tribunal Supremo y el Constitucional. Pero la pregunta parecía en ambos casos efectuada a título informativo, para aprender de alguien que había pasado por ambas instituciones y tenía una posición privilegiada para esclarecer la cuestión. El matiz es interesante porque no parecía que los Diputados estuvieran interesados en controlar –en el sentido político de la palabra- cuál podría ser el comportamiento de un Tribunal Constitucional del que Delgado formara parte en caso de ulteriores conflictos con el Supremo.

b) Roberto García-Calvo

El siguiente candidato de esta sesión era Roberto García Calvo. Se esperaba que su comparecencia pudiera plantear alguna polémica por algunos de los datos que figuraban en su curriculum. Entre 1975 y 1976 había ejercido -haciendo un paréntesis en su carrera judicial- como inspector general de servicios del Ministerio de Educación y como Gobernador Civil, lo que había provocado un cierto debate en la opinión pública. Algunos habían considerado que el hecho de haber recibido tales cargos en aquellas fechas tenía que implicar posiciones políticas o ideológicas cercanas al franquismo.

La intervención inicial de García Calvo se dedicó en parte a refutar esas críticas y en parte a expresar su visión de lo que habría de ser el control de constitucionalidad. Pero el candidato no tuvo reparo en aceptar, en cierto sentido, que se le considerase un juez conservador:

“Admito que por ello se me califique de juez conservador, mas lo que rechazo terminantemente es que se me tache de ultra o contrario a los valores constitucionales. Tales descalificaciones no sólo las considero injustificadas, sino insultantes. En mis resoluciones —que es donde se conoce lo que hace un juez o un magistrado— es donde está plasmada la asunción por mi parte, sin discusión alguna y desde el primer momento de mi ejercicio profesional, de los valores constitucionales que se imponen a partir de nuestra Carta Magna de 1978”.

La cuestión fue expresamente planteada por el representante del Grupo Socialista:

“Nosotros decíamos que para que una persona vaya al Tribunal Constitucional tiene que asumir los valores de la Constitución. Es una cierta contradicción, y nos gustaría que usted lo aclarase, haber ejercido cargos políticos relevantes durante la dictadura o en momento no democráticos y aspirar ahora a ser magistrado del Tribunal Constitucional en un régimen democrático; nada menos que del Tribunal Constitucional, que es el que aplica una constitución democrática que está basada en el pluralismo, a diferencia de un régimen donde había partido único, es decir, el partido del que usted era jefe provincial en Almería durante un cierto tiempo. Eso es lo que nosotros queríamos que usted aclarase”.

Como puede verse, no importó en este caso que los cuatro nombramientos estuvieran ya pactados. Pero lo más interesante de la intervención de López Garrido

vino a continuación, cuando planteó directamente una batería de preguntas relacionadas explícitamente con aspectos de interpretación constitucional. La cita es larga pero vale la pena:

“A mí concretamente, y a nuestro grupo, nos gustaría saber cuáles son sus ideas, sus convicciones, su interpretación sobre temas que tienen mucho que ver con las actividades del Tribunal Constitucional, temas muy sensibles de nuestra Constitución. Nos gustaría despejar algunas incógnitas, saber qué opina usted al respecto. Por ejemplo, qué opina sobre la pena de muerte; qué opina usted sobre la regulación del aborto, la interrupción de la maternidad. En estos momentos en España hay una ley, con una serie de indicaciones que también ha sido objeto de resoluciones del Tribunal Constitucional, muy importantes. Nos gustaría saber su opinión sobre ese tema y también, cómo valora usted que en nuestra Constitución se reconozcan las nacionalidades y regiones dentro del Estado español, un Estado que evoluciona y puede, incluso, evolucionar a una mayor descentralización en un futuro. Nos gustaría saber su opinión sobre las relaciones familiares que no se ajustan al mayoritario estereotipo de hombre que se casa con mujer. En la práctica, hay otros tipos de familia, parejas de hecho, parejas homosexuales, que, desde nuestro punto de vista, deberían tener los mismos derechos y obligaciones que las otras. Me gustaría saber su opinión al respecto. Asimismo me gustaría conocer su opinión sobre el Tribunal del Jurado o sobre la cadena perpetua”.

Con estas preguntas, el representante del Grupo Socialista estaba saliéndose con claridad del ámbito de control que podría llamarse “de idoneidad”. No se cuestionan las capacidades técnicas del candidato. Lo que hace aquí López Garrido es asumir que un magistrado del Tribunal Constitucional puede tener un papel decisivo en el modo en el que se interpreta la Constitución y se definen los derechos fundamentales, más allá de

los desarrollos legales hechos por los legisladores que representan al pueblo. El fuerte tono de desconfianza refleja miedo, pero no un miedo a que el candidato no esté suficientemente cualificado sino a que transforme la Constitución en puntos esenciales sin estar legitimado para ello.

El problema, como veremos posteriormente, es que estas preguntas se realizan cuando la candidatura ha sido ya previamente pactada por los dos grandes partidos, de forma que el diputado socialista ni siquiera pretende, en realidad, impedir el nombramiento. Y el impacto que puedan tener sus inquietudes será necesariamente muy limitado como consecuencia de ese pacto y del modo en que se ha diseñado el procedimiento, especialmente en lo referente a los plazos.

La intervención del portavoz del Grupo Popular, que había propuesto al candidato, no tuvo particular relevancia desde el punto de vista que estamos ahora examinando. Pero sí es interesante anotar unas palabras pronunciadas por la Presidenta de la Comisión, que actualizaban una de las previsiones contenidas en la Resolución de 2000 que regula la comparecencia. En efecto -y probablemente como consecuencia de las preguntas planteadas por López Garrido, que aún debían ser contestadas por el candidato- la Presidenta manifestó lo siguiente:

“Quisiera recordar que el punto 5º de la Resolución dice que, durante la comparecencia, los miembros de la Comisión consultiva podrán solicitar al candidato aclaraciones sobre cualquier extremo relacionado con su trayectoria profesional o académica o sobre sus méritos personales. Aunque indudablemente con estas comparecencias resulte obvio también, hay que recordar que el artículo 16 de nuestra Constitución, en su punto 2, dice que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. No es ánimo en absoluto de esta presidencia —y así lo

ha hecho— limitar las preguntas de los portavoces de los grupos que aquí están interviniendo, pero sí quiero dejar acotado, para que sirva de orientación a los comparecientes, cuáles son los límites que fija la Resolución de la presidencia e, indudablemente, sus derechos constitucionales que como digo puede parecer absurdo por mi parte recordarlos aquí, pero creo que, a efectos de acta y «Diario de Sesiones», por los precedentes que significan, es bueno que quede constancia de ello”.

Como es habitual en circunstancias como ésta, no es fácil precisar cuál es el alcance normativo —como uso parlamentario- que pueda tener una intervención de este tipo, dado que la Presidenta subraya los límites marcados por la Resolución pero deja en manos de los Diputados la aplicación específica de la norma, a modo de “*self restraint*”. Desde luego, no se solicita al portavoz socialista que retire ninguna de sus preguntas, y eso a pesar de que podría considerarse que algunas de ellas entran en el ámbito protegido por el citado art. 16 de la Constitución, ya que no es fácil imaginar cómo sería posible contestar a preguntas como esas sin declarar sobre la ideología, religión o creencias propias⁴³⁰.

En cualquier caso, esto refuerza nuestra impresión inicial de que este punto de la Resolución no fue regulado de la mejor manera posible, lo que no es demasiado grave porque puede ser fácilmente corregido —como sucede en este caso- por la Presidencia de la Comisión.

La respuesta de García Calvo que cerró su intervención resulta de un gran interés, por ser muy diferente a la de Delgado. Ya hemos visto que las preguntas del portavoz socialista se habían dirigido a cuestionar el pasado ideológico y político del candidato y a preguntarse cuáles podrían ser sus posiciones en los temas más relevantes

⁴³⁰ Un análisis específico sobre la relación entre la libertad ideológica y los deberes parlamentarios puede encontrarse en ROLLNER LIERN, G. (2001)

de interpretación constitucional. Pues bien, García-Calvo no rehuyó ninguna de las dos cuestiones, a pesar de que probablemente podría haberse amparado en la ya citada aclaración de la Presidencia con respecto a los límites de las preguntas⁴³¹.

La defensa que el candidato realizó de su breve etapa política no nos interesa tanto como sus respuestas directas a las cuestiones de interpretación constitucional. Así, sobre la pena de muerte manifestó:

“Me pregunta usted sobre la pena de muerte. Soy contrario a la pena de muerte. No creo que nadie tenga en su poder ningún escrito que afirme lo contrario. Soy contrario a la pena de muerte, porque además hace muchos años que leí un libro que se llama “El arte de matar”, de Daniel Sueiro, donde se explican perfectamente todos los modos y formas de ejecutar a los reos. Insisto en que soy contrario a la pena de muerte. Creo que no es una medida coercitiva y mucho menos, desde el punto de vista constitucional, de reinserción o de reducción social, como es obvio, y por tanto soy contrario a la pena de muerte. Creo que no sirve como medida preventiva ni como medida represiva, y así lo demuestran las estadísticas de los países que lo tienen establecido”.

También respondió de modo directo a la pregunta sobre el aborto, lo que resulta especialmente interesante para nuestro estudio porque –como hemos mostrado en este trabajo- la posición de cada nominado sobre el aborto ha sido utilizada en las últimas décadas como una especie de piedra de toque decisiva en cada confirmación, una manera inmediata de saber si el candidato era o no admisible para cada uno de los bandos en liza.

⁴³¹ De hecho, como veremos, al principio de su respuesta sobre el aborto García-Calvo parece dejar clara su convicción de que podría ampararse en lo dicho por la Presidencia para negarse a responder: “Tampoco renuncio a contestar a otra cuestión íntima o que podría ser de tipo ideológico: Qué pienso del aborto”.

Sobre el aborto, García-Calvo contestó también con claridad:

“Tampoco renuncio a contestar a otra cuestión íntima o que podría ser de tipo ideológico: Qué pienso del aborto. En cuanto al aborto soy legalista, lo que diga la Ley. Si están establecidos en la Ley cuatro supuestos de aborto, cuatro supuestos de aborto que aplicaré como magistrado de cualquier tribunal del que forme parte; si son cinco, serán cinco. No haré cuestión de ese tema. Lo que no admitiré, y no lo he admitido en el momento en que ha tocado en mi sala un tema relativo al aborto, es, por mor de una demanda social, pero sin estar modificada la legislación y con violencia del principio de legalidad, homologar una resolución en la que, a pesar de lo que dice la ley, la autorizante del aborto a realizar no era un facultativo distinto del que tiene que realizar el aborto, sino una licenciada en filosofía y letras; eso nunca lo voy a tolerar, porque eso violenta el principio de legalidad, por mucha demanda social que exista para que se legalice el cuarto, el quinto o el sexto supuesto del aborto. Eso es lo que nunca haré: violentar el principio de legalidad”.

Como puede verse, en las palabras de García-Calvo no hay una opinión clara sobre el modo en que el legislador debería proteger la vida del no nacido. Pero su respuesta es muy relevante, ya que parece suficiente para dar tranquilidad al Grupo Socialista en relación a la estabilidad de la doctrina ya establecida por el Tribunal sobre el aborto o incluso con respecto a futuras reformas aún más liberalizadoras.

También hay contestación a las preguntas relativas a la organización territorial del Estado, uno de los temas que la Constitución dejó más abiertos y en los que la función del Tribunal Constitucional ha sido y seguirá siendo más relevante:

“Nacionalidades y regiones. Señoría, está definido en la Constitución el alcance de la constitución territorial del Estado, y creo que, hasta el momento, hay una

jurisprudencia constitucional más que suficiente, y suficientemente consolidada, para resolver todas las cuestiones que se susciten entre las comunidades autónomas y el Estado. Yo he dicho en mi intervención que no entiendo cerrado el círculo exegético de la Constitución ni sostengo a ultranza su inalterabilidad, pero, ahora mismo, con la Constitución en la mano y la jurisprudencia actual del Tribunal Constitucional, entiendo que está consolidada y definida perfectamente esa organización territorial del Estado, y no tengo en este momento más que añadir, porque sería una petulancia por mi parte pretender que voy a ser un innovador que llega a imponer una nueva doctrina respecto a la organización del Estado a mis compañeros, si es que lo son en su día, del Tribunal Constitucional, que creo que tienen muy definido exactamente lo que es la organización territorial del Estado de acuerdo con las previsiones constitucionales”.

García-Calvo respondió también de modo bastante directo a las preguntas formuladas sobre relaciones familiares (parejas de hecho y parejas de personas del mismo sexo), cadena perpetua o Tribunal del Jurado.

También es interesante notar que el candidato tuvo que explicar algunas de las resoluciones que había firmado como ponente o discrepante a lo largo de su carrera judicial. Esto es también habitual en las sesiones de confirmación del Senado norteamericano y suele ser muy útil por lo que supone de conocer de un modo más preciso la orientación jurisprudencial que podría adoptar un candidato como futuro magistrado del Tribunal Constitucional.

c) Eugenio Gay Montalvo.

El siguiente en comparecer fue Eugenio Gay Montalvo, caracterizado por ser el primer abogado –exclusivamente abogado- que se proponía para el Tribunal.

Como en el caso anterior, también el representante socialista, el Diputado López Garrido, realizó al candidato preguntas directamente relacionadas con cuestiones de interpretación constitucional.

De especial interés fue su respuesta sobre las cuestiones de derecho de familia:

“En cuanto al desarrollo de lo que sería el derecho de familia y de las parejas de hecho, que va íntimamente ligado con la legislación que se está promoviendo tanto a nivel del Estado como a nivel de las comunidades autónomas, no puedo más que manifestar mi conformidad con la política que se está llevando a cabo. Las situaciones de hecho que se producen entre personas que han decidido convivir entre ellas deben tener un amparo legal y entrar dentro del marco de las relaciones jurídicas. Dificilmente podemos estar al margen de la ley cuando es una situación evidente y palmaria. Esa ha sido siempre la función instrumental del derecho y el derecho romano ya atendió a estas circunstancias y estos hechos de una forma magistral y lo que estamos haciendo de alguna manera es recuperar una tradición jurídica que es bueno que se recupere”.

Como se ve, en este caso el candidato no sólo permite anticipar sus posiciones de interpretación constitucional sino que opina favorablemente sobre políticas legislativas específicas y sugiere las líneas que éstas podrían seguir.

También se refirió de modo claro a la cuestión de los despidos de profesores de religión, en el marco de las relaciones Iglesia-Estado, sobre la que le había preguntado el diputado López-Garrido:

Defiendo, por supuesto, los principios del Estado laico y los defiendo a ultranza por mis profundas convicciones cristianas y católicas, que he deseado siempre que fueran respetadas y por tanto no me importa hacerlas públicas porque creo que es uno de los derechos que tenemos. En este sentido, creo que las relaciones del Estado con la Iglesia católica, por tradición, han de enmarcarse no sólo en lo que dice la Constitución sino también en unas relaciones de buena vecindad y de reconocimiento de lo que es un sentimiento muy generalizado de los ciudadanos de este país, pero también de ser especialmente sensible al hecho de las creencias de todos los españoles y de todas aquellas personas que sin ser españoles viven en España y quieren manifestar o proclamar su fe y su religión. No creo en las ortodoxias de nadie. Creo profundamente en ese respeto y en esa libertad que, por otra parte, forma y conforma la religión y la fe que yo profeso y he manifestado, y por tanto no es nuevo el que así lo diga. En este sentido, soy partidario también de la libertad de enseñanza y del sometimiento naturalmente a la legalidad en todos sus aspectos, es decir, tanto en la libertad de poder despedir como en la libertad de poder reivindicar o poder demandar contra ese despido. Me parece que nos encontramos en el mundo de unas relaciones laborales especialmente diseñadas por nuestro ordenamiento jurídico laboral en este caso, al que naturalmente está sometido todo el mundo y también los centros de enseñanza religiosa, que pueden, entiendo yo, decidir en un momento determinado sobre la idoneidad o no de sus trabajadores y éstos, si consideran vulnerados sus derechos, pueden pedir el amparo y la tutela de los tribunales”.

La respuesta de Gay Montalvo parece incluir una declaración favorable a la cuestión sobre la que se le había preguntado, en el sentido de que la libertad de enseñanza incluiría el derecho de un centro privado católico a despedir a un profesor que no comparte el ideario del centro o vive de un modo abiertamente contrario a él.

d) Elisa Pérez Vera

La última de las intervenciones de esta sesión correspondió a Elisa Pérez Vera. Y de nuevo fueron las preguntas del Diputado López Garrido –Catedrático de Derecho Constitucional- las más relevantes desde el punto de vista que nos interesa. Dada la especialización en derecho internacional de la candidata, el portavoz socialista le preguntó sobre los límites constitucionales del uso de la fuerza en caso de conflicto. También solicitó su opinión sobre la constitucionalidad de las medidas de acción afirmativa. Sobre este último punto Pérez Vera respondió con rotundidad:

“Las acciones afirmativas, el principio de la discriminación positiva tienen encaje en la propia Constitución en el artículo 14 de la Constitución porque el principio de igualdad no es el de tratar a todo el mundo igual, que sería extraordinariamente contrario al principio de igualdad, sino de tratar al desigual como desigual y al igual como igual. Por decirlo con palabras que creo que son del Tribunal Constitucional, por lo menos creo haberlo leído en alguna de sus sentencias, que en esto sí que ha dictado alguna sentencia de una brillantez enorme, yo diría que con estas acciones de lo que se trata es de colocar al grupo minoritario en situación de inferioridad en la misma línea de salida, no se trata de privilegiar a nadie en la llegada sino que todos partamos del mismo sitio”.

7. 2. 2. Las recusaciones de magistrados en 2007

Entre las comparecencias de 2001 y la siguiente ronda de renovación del Tribunal transcurrirían once años en el caso del Congreso y doce para los correspondientes al Senado. En ambos casos se superó ampliamente el límite de nueve años de mandato previsto por la Constitución y la imagen pública del Tribunal recibió un enorme daño.

A lo largo de estas páginas hemos analizado algunos de los defectos del mecanismo de nombramientos, pero eso no explica el extraordinario retraso en la renovación de ocho de los doce magistrados. La explicación de esta crisis institucional se encuentra en la impugnación de la constitucionalidad del Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobado en 2006 y en la discusión política y jurídica sobre la reforma operada en la propia Ley Orgánica del Tribunal por medio de la Ley Orgánica 6/2007 que se analizará con más detalle posteriormente.

En efecto, en 2007 expiraba el mandato de los Magistrados nombrados por el Senado en 1998. Pero también en ese año se había aprobado la reforma por la que los candidatos correspondientes a la Cámara Alta serían propuestos por los parlamentos de las Comunidades Autónomas. La oposición parlamentaria del Grupo Popular impugnó la constitucionalidad de esta norma y consideró que no podía dar su consentimiento a un acuerdo de renovación de Magistrados en el Senado hasta que el Tribunal se pronunciara sobre el asunto.

La STC 49/2008 desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica y la STC 101/2008 el presentado con posterioridad contra la reforma del Reglamento del Senado que desarrollaba el procedimiento. Despejado este obstáculo, el Presidente del Senado puso en marcha en 2008 el proceso de nombramiento solicitando a los parlamentos de las Comunidades Autónomas la designación de sus candidatos.

Pero entonces las negociaciones políticas volvieron a bloquearse por estimar el Grupo Popular que la sentencia pendiente sobre el Estatuto de Autonomía catalán debía ser resuelta por el Tribunal que la había conocido inicialmente, dado que la renovación de cuatro magistrados podía retrasar más aún la deliberación y el fallo.

Además, el fallecimiento de Roberto García Calvo –propuesto en su día por el Grupo Popular en el Congreso- en 2008 añadió una complicación más, ya que el Partido Popular quería hacer valer el precedente de que le correspondía esa designación, aunque ya no gozara entonces de mayoría en la Cámara. El puesto no sería cubierto hasta más de tres años después.

Por otra parte en enero de 2006 se planteó la primera recusación de un Magistrado del Tribunal en relación con el asunto del Estatuto, lo que dio inicio a un cruce de recusaciones promovidas por el Gobierno y la oposición que repasaremos brevemente en este párrafo y que contribuyeron aún más al desgaste del Tribunal en un momento ya crítico por los retrasos en las renovaciones⁴³².

En el comienzo de la polémica reforma del Estatuto catalán, el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso un recurso de amparo contra la admisión a trámite y calificación de la propuesta de Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía enviada a la Mesa del Congreso por el Parlamento de Cataluña. Y planteó la recusación de Pablo Pérez Tremps para el conocimiento de ese recurso porque éste había emitido –antes de formar parte del Tribunal- un dictamen sobre un proyecto de texto articulado anterior a la propuesta final que había sido admitida a trámite por la

⁴³² Una buena descripción de los hechos con un análisis doctrinal de la cuestión de las recusaciones en el Tribunal Constitucional y referencias bibliográficas puede encontrarse en DELGADO DEL RINCÓN, L. (2008). También se analiza, con menos detalle, el anterior cruce de recusaciones que había tenido lugar como consecuencia de la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007 que reformaba la LOTC y que incluía la prórroga del mandato de la Presidenta.

Mesa y que era –indirectamente- objeto del recurso de amparo. El ATC 28/2006 de 24 de enero rechazó la recusación por entender que no era un dictamen de parte sino un trabajo académico, porque sus conclusiones eran abiertas y porque en el momento de su elaboración no existía aún una propuesta concreta de Estatuto de Autonomía.

A continuación, el ATC 283/2006 de 2 de noviembre rechazó la recusación formulada contra la Presidenta del Tribunal, María Emilia Casas Baamonde, basada en el matrimonio de ésta con Jesús Leguina Villa, catedrático de universidad que había emitido un dictamen y prestado asesoramiento sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 6/2006 de reforma del Estatuto de Autonomía que ya había sido aprobada y era ahora objeto de recurso de inconstitucionalidad. El Tribunal desestimó la recusación por razones procesales y por entender que no se había probado de qué forma podía el vínculo matrimonial afectar a la libertad de criterio de la magistrada.

En este punto, la cuestión había dejado de ser jurídica –si alguna vez lo había sido- y el bando contrario se planteó continuar la lucha sobre la supervivencia del Estatuto atacando a los Magistrados que consideraba más ideológicamente contrarios a la supervivencia del Estatuto.

Así, los AATC 394/2006 de 7 de noviembre y 434/2006 de 12 de diciembre tuvieron que resolver una recusación algo más peculiar. Se alegaba que Roberto García Calvo no podía conocer del asunto porque había expresado opiniones contrarias a la constitucionalidad del Estatuto en su voto particular del ATC 85/2006. Se trataba de la primera vez que se planteaba una recusación contra un Magistrado por las opiniones incluidas en un voto particular. El Tribunal no admitió que un voto particular pudiera servir para probar el “interés directo o indirecto” de un Magistrado en un pleito por lo que rechazó la recusación.

La pelea sigue y se complica aún más cuando el ATC 26/2007 tiene que resolver una nueva recusación planteada contra Pérez Tremps por el mismo motivo que la anterior, pero ahora para conocer del recurso de inconstitucionalidad (la anterior lo era para el amparo contra la calificación y admisión a trámite de la propuesta de Ley Orgánica)

Y en este caso, el Tribunal decide estimar la recusación después de acordar práctica de prueba y de considerar que concurría la causa prevista en el art. 219.13 de la LOPJ, al haberse probado que Pérez Tremps había participado de forma indirecta en el asunto objeto del pleito al asesorar –por encargo retribuido del Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalidad- sobre la constitucionalidad del Estatuto con el resultado de que en el texto final enviado al Congreso se recogieron algunas de sus propuestas de manera casi literal.

Pero lo más negativo –desde el punto de vista que aquí nos interesa- es que el Auto mencionado se publicó junto a los votos particulares discrepantes de Elisa Pérez Vera, Eugeni Gay, Manuel Aragón, Pascual Sala y María Emilia Casas –nombrados todos en su día a propuesta de parlamentarios o gobiernos socialistas- de manera que el Tribunal se dividía en líneas políticas perfectamente identificables por la opinión pública y paralelas a las que estaban disputando en las Cortes sobre la reforma del Estatuto catalán.

Admitida esta recusación los grupos que apoyaban al Gobierno –y la constitucionalidad del Estatuto- entendieron que su postura había perdido un defensor en el Tribunal y plantearon una nueva recusación, en este caso de Jorge Rodríguez-Zapata. La causa alegada se parecía a la que había servido para apartar a Pérez Tremps, puesto que se trataba de la elaboración de un trabajo retribuido sobre el Estatuto

encargado a Rodríguez-Zapata por la Fundació d'Estudis Autònoms i Locals. El Tribunal desestimó la recusación en el ATC 177/2007 de 7 de marzo, por entender que se trataba de un mero trabajo científico que describía sistemáticamente la repercusión de la Carta Europea de Autonomía Local en la jurisprudencia del TC y del TS, sin juicios sobre la constitucionalidad del Estatuto. En este caso, la resolución fue firmada por todos los Magistrados que integraban el Pleno.

Desde luego, la impresión que transmitió este lamentable episodio de las recusaciones, criticado desde todas las posiciones doctrinales y políticas, es que los partidos políticos pretendían de algún modo ejercer un control sobre las posiciones ideológicas de los miembros del Tribunal, tratando de provocar un debate público sobre los perfiles que consideraban más radicales. Pero ese debate público había que encajarlo en el cauce procesal de las recusaciones, que es muy limitado y que sólo está previsto para apartar de un asunto a un juez que tiene o ha tenido algún tipo de relación directa con él. No es un instrumento adecuado para provocar una discusión de fondo ante la opinión pública sobre la posible radicalidad ideológica de un Magistrado del Tribunal Constitucional. La propia LOTC ni siquiera incluye un trámite de recusación específico, remitiendo la cuestión a la LOPJ⁴³³.

De hecho, en algunos momentos pareció que lo que los partidos pretendían era recrear algo parecido a los debates de las nominaciones en el Senado norteamericano, en el que sí es posible analizar todo el pasado personal y profesional del candidato desde el punto de vista ideológico.

⁴³³ El art. 80 LOTC dispone que: “Se aplicarán, con carácter supletorio de la presente Ley, los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de comparecencia en juicio, recusación y abstención, publicidad y forma de los actos, comunicaciones y actos de auxilio jurisdiccional, día y horas hábiles, cómputo de plazos, deliberación y votación, caducidad, renuncia y desistimiento, lengua oficial y policía de estrados”. Las causas de recusación de jueces y magistrados están reguladas en el art. 219 LOPJ.

Pero no es posible hacer eso a través de las recusaciones. Y tampoco, como estamos viendo, es fácil utilizar las comparecencias ante la Comisión de Nombramientos del Congreso y el Senado, al menos no con el formato que tienen actualmente.

7. 2. 3. Las comparecencias de 9 de julio de 2012

La fecha de la sesión de comparecencias para nombrar a los cuatro candidatos designados por el Congreso que tenían que sustituir a los nombrados en 2001 es ya indicativa de un importante fracaso institucional. Según lo dispuesto en el art. 159.3 de la Constitución el mandato de los Magistrados del Tribunal es de nueve años, y el de los cuatro candidatos propuestos por el Congreso en 2001 había durado once.

Este retraso en la renovación de un órgano que depende de designaciones parlamentarias no era nuevo, pero los legisladores nunca habían dejado pasar tanto tiempo. En su estudio sobre las designaciones parlamentarias en general, Santaolalla recoge algunos de estos retrasos⁴³⁴, de los que hace responsable a la exigencia de mayorías agravadas: el primer Defensor del Pueblo se designó el diciembre de 1982 con más de un año de retraso, el segundo Tribunal de Cuentas tardó once meses en renovarse, y la renovación del Consejo General del Poder Judicial que habría debido realizarse en noviembre de 2006 se retrasó casi dos años hasta septiembre de 2008. Pero la renovación que habría de llevarse el premio de esta lamentable lista de retrasos sería

⁴³⁴ SANTAOLALLA LÓPEZ, F. y PAUNER CHULVI, C. (2010) p. 26.

la de los Magistrados del Tribunal Constitucional propuestos por el Congreso en 2001, que ahora nos disponemos a analizar.

Afortunadamente, el art. 17.2 de la LOTC dispone que:

“Los Magistrados del Tribunal Constitucional continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles”.

Esta prórroga automática del mandato permite atenuar los peores efectos del retraso en la renovación, pero no acaba con el problema. Y desde luego, la posición institucional del Tribunal queda muy desgastada –especialmente ante la opinión pública- cuando magistrados que tendrían que haber abandonado el Tribunal hace tiempo resultan decisivos en la votación de sentencias que resuelven problemas muy delicados o de alta tensión política.

La comparecencia de julio de 2012⁴³⁵ era pues la primera que se producía en el Congreso desde 2001 –para la designación de Magistrados del Tribunal Constitucional- y es, cuando se redactan estas líneas, la última de las que han tenido lugar en esa Cámara.

Por lo que respecta al procedimiento, sólo se aprecia un pequeño cambio en las palabras con las que la Presidencia inicia la sesión, y es que se concederán 10 minutos a la intervención inicial de los candidatos en lugar de los 5 minutos de los que habían dispuesto en octubre de 2001.

a) Juan José González Rivas

⁴³⁵ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. X Legislatura. Comisión Consultiva de Nombramientos. Num. 144, 9 de julio de 2012.

La primera intervención correspondió a Juan José González Rivas, que dedicó el tiempo de que disponía a recorrer su curriculum profesional sin detenerse en cuestiones específicas de interpretación constitucional.

La primera intervención de un miembro de la Comisión fue notablemente crítica, no con el candidato González Rivas sino con el funcionamiento de la Comisión, repitiendo de esta manera críticas anteriores que ya hemos encontrado en otros portavoces de grupos minoritarios. Pero en este caso no sólo se trataba de la falta de capacidad de decisión de los grupos minoritarios sino que la crítica se refería a todo el sistema de nombramiento. De hecho, la Diputada Rosa Díez comparó incluso explícitamente la eficacia de esta Comisión de Nombramientos con la de los “*hearings*” del Comité Judicial del Senado:

“En esta reunión estamos convocados a representar una especie de farsa, si me permiten la expresión —yendo en este caso a la correcta acepción del diccionario—, que es dar apariencia de control democrático, de elección democrática a lo que no es sino un acto en el que se sanciona un reparto de poder partidario que han hecho los dos grandes partidos, los dos grandes grupos parlamentarios, en este caso, nada menos que con el Tribunal Constitucional, y después hablaremos de la Junta Electoral y del Tribunal de Cuentas. Creo que si la crisis económica estalló en el mundo fue porque falló el control financiero y que si la crisis política estalla también en España es porque fallan los controles democráticos, en España como en otros países del mundo. Me llama mucho la atención que no seamos conscientes de esto, de que este desapego que hay entre los ciudadanos y las instituciones, entre los ciudadanos y la política, terminará afectando de manera muy negativa a la democracia. Los ciudadanos saben, porque así

se ha presentado públicamente, que aquí hacemos el paripé de que examinamos a los candidatos a magistrados, señor González Rivas —usted tiene un currículum profesional que ha detallado y hemos leído—, porque realmente ustedes van a ser magistrados, ya está decidido. Esto no se parece en nada, más que en la forma en la que nos hemos sentado, a un *hearing* similar que pudieran hacer en Estados Unidos o en cualquier otra cámara, en el que realmente hay un interrogatorio, en el sentido positivo del término, y hay posibilidades de que algunos sean rechazados. Este no es el caso. Aquí se ha rechazado a un candidato porque se fue ella misma del Tribunal de Cuentas la semana pasada pero no porque aquí se rechace. Esta forma de disimular que hacemos lo que no estamos haciendo pervierte el sistema y como pervierte el sistema termina pervirtiendo la institución y finalmente la democracia”.

Como puede verse, Rosa Díez considera que la razón esencial por la que el sistema español y el norteamericano no son comparables es que en el Congreso español cuando se producen las comparecencias de los candidatos el nombre de éstos ya ha sido pactado por los dos grandes partidos y las preguntas de los portavoces no pueden, en ningún caso, provocar que se rechace alguno de los nombramientos.

El análisis de Rosa Díez que vino a continuación resultó aún más ácidamente crítico en la comparación con el Tribunal Supremo de los EEUU:

“Hemos visto hace nada una sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, que sorprendentemente era una Corte nombrada por presidentes conservadores, en la que han tomado una decisión en relación con la reforma sanitaria a favor de Obama y se alababa mucho que realmente allí como llegan y se quedan para siempre y además les hacen un examen de verdad, si alguno no era muy independiente antes de llegar, recobra inmediatamente la independencia. El mismo día que leíamos eso leíamos en los medios

de comunicación cuál va a ser la sentencia de ese Tribunal del que usted va a formar parte en relación con el matrimonio homosexual. Sabíamos lo que iba a votar ya cada cual. Los conservadores, los progresistas, otro que es de los conservadores pero que se ha pasado a los progresistas, y no hubo ni un solo magistrado que dijera: a mí no me cuenten en eso. Así llevamos años”.

La portavoz de Unión Progreso y Democracia es aquí muy dura no sólo con el procedimiento sino sobre todo con los resultados que éste produce: unos magistrados a los que la opinión pública identifica claramente como conservadores o progresistas y que no se mueven –en su opinión- de esas posiciones a lo largo de todo su mandato. Desde su punto de vista, el proceso de confirmación en el Senado de los EEUU otorga a estos magistrados una posición de independencia de la que carecen los candidatos españoles.

El análisis realizado en la primera parte de nuestro trabajo nos permite afirmar que el razonamiento de Rosa Díez es al menos incompleto, ya que la posición de independencia de los jueces del Supremo norteamericano no se debe sólo a la manera en que se realiza el proceso de confirmación. Pero sí resulta interesante que la cuestión sea planteada por un miembro de la Comisión Consultiva de Nombramientos, por lo que puede indicar de cómo perciben los propios Diputados su papel y cuál creen –al menos algunos de ellos- que debería ser.

Las palabras de Rosa Díez tuvieron su réplica en la intervención del portavoz socialista, Ramón Jáuregui en esta ocasión.

Sus primeras palabras estaban destinadas a responder a la comparación que había efectuado Rosa Díez con el sistema norteamericano de “hearings”:

“Sí considero que su comparecencia hoy aquí tiene una especial trascendencia. Quiero recordar que este modelo de control previo a los nombramientos lo estableció un acuerdo de los que se adoptaron a lo largo de nuestra democracia, de estos últimos años —creo que fue en el año 2000 cuando una circular del propio presidente del Congreso estableció esta exigencia de hearing o de escucha o de control. A diferencia de lo que señalaba la señora Díez, a quien respeto absolutamente su opinión, este es un trámite importante y no es un trámite sin más. Primero porque, efectivamente, se incorporó a nuestro ordenamiento, a nuestros hábitos y a nuestra cultura democrática con la intención de que ustedes, los candidatos, comparecieran aquí en la sala de la soberanía popular, ante nosotros, ante los representantes de los grupos políticos, ante los representantes de la soberanía popular, para que rindieran cuentas y explicaran su trayectoria, pero también para saber cuál es su actitud y su posición sobre cualquier problema que pudiéramos plantearle. En Estados Unidos también existe este mismo mecanismo y no es, como tampoco lo es aquí, un trámite cualquiera. El presidente de los Estados Unidos, por ejemplo, para elegir al Tribunal Supremo de los Estados Unidos hace sus propuestas, pero luego el Congreso las puede revocar. Aquí también, hasta el punto de que le querría decir, señor González Rivas, en nombre de mi grupo, que en función de las respuestas que usted u otros miembros pudieran darnos a cuestiones que nos parezcan fundamentales, podría recomendar a mi grupo que cuando se haga la votación de las propuestas que se han hecho ya en trámite parlamentario nuestro voto fuera negativo. Esto cabe, por lo que no es un trámite cualquiera”.

Resulta algo sorprendente el tono de vaga indefinición con el que Jáuregui se refiere al momento en el que se estableció el modelo de comparecencias —con la Resolución de 2000- y al modo en que se desarrollan las confirmaciones norteamericanas. Quizá es un reflejo de la escasa importancia que los grupos

mayoritarios han venido dando a estas comparecencias, por considerarlas –como decía Rosa Díez en la intervención citada- un trámite de formalización de algo que ya ha sido pactado previamente. Obviamente, sus palabras indican expresamente lo contrario, y el portavoz socialista pone un especial interés en dejar claro el valor que tiene para su grupo la comparecencia. Pero es también claro que no podría pronunciarse en sentido contrario y resulta muy difícil creer su afirmación de que las respuestas del candidato podrían provocar un voto negativo de su grupo. Después de que PP y PSOE no hubieran conseguido llegar a un acuerdo en los dos años largos de retraso desde la última renovación, no parece posible que después de pactar por fin cuatro nombres y presentar una candidatura conjunta las respuestas de alguno de ellos pudieran bloquear de nuevo el proceso.

Pero después de las palabras que acabamos de comentar expresó Jauregui algunas otras ideas sobre las que merece la pena detenerse porque contienen su visión sobre cuáles son las razones de fondo del sistema de comparecencias y también una idea bastante específica sobre el sentido mismo y la legitimidad del propio Tribunal Constitucional:

“(…) lo importante a destacar hoy es precisamente que los grupos políticos hemos sido capaces de hacer unas propuestas. ¿Eso quiere decir que hacemos propuestas politizadas, ideologizadas, etcétera? A ésta [al Tribunal Constitucional] se le ha llamado la tercera Cámara, porque tiene la capacidad de enmendar al legislador, nada menos. Claro que tiene una componente política e ideológica y su legitimación reside en que le nombra esta Cámara. Es decir, es la soberanía popular quien hace el nombramiento y no es casual que la Constitución otorgara al Congreso y al Senado esa facultad de nombramiento. Nosotros cuando hacemos la lectura de su currículum y de sus condiciones interpretamos que efectivamente puede estar usted capacitado o no para

hacer este papel y lo importante es que hemos sido capaces de alcanzar las mayorías necesarias para que determinadas personas, si pasan este control, sean nombradas. Pero lo que se destaca aquí es que ha habido un consenso. Es curioso que durante mucho tiempo se nos ha censurado, porque no había consenso, precisamente porque no cubríamos nuestra responsabilidad proponiendo los nombres y cuando lo hacemos se nos censura por proponerlos. Es algo verdaderamente contradictorio. Sinceramente creo que hemos cumplido con nuestro deber y estamos realizando un trámite muy importante”.

Estas palabras resultan muy significativas, especialmente las contenidas en una de las primeras frases: “ [el Tribunal] tiene una componente política e ideológica y su legitimación reside en que le nombra esta Cámara”. Es la afirmación clara de una concepción que podríamos llamar “política” de la justicia constitucional, por parte del portavoz de uno de los dos grupos mayoritarios que se han alternado en el Gobierno en España desde 1982.

De esta forma queda claro algo que aparece casi siempre en estas comparecencias de un modo más o menos explícito, y es la visión del Tribunal Constitucional que -de hecho- tienen la mayoría de los parlamentarios. Dentro del clásico debate sobre la naturaleza jurídica de los órganos de control de constitucionalidad, la realidad de la lucha política en el sistema de partidos acaba haciendo prevalecer en el ánimo de los contendientes el modelo de tribunal político sobre el jurídico. Como vemos, incluso los representantes de los partidos mayoritarios que pactan las candidaturas y de los que, por tanto, se podría esperar que presentaran la imagen de un Tribunal estrictamente técnico que aplica la Constitución sin ideologías, comparten en realidad ese otro punto de vista.

Tras estas reflexiones sobre el sentido de las comparecencias, Jáuregui planteó otras preguntas sobre diversos asuntos y dejó el para final una cuestión directa de interpretación constitucional, como las que ya hemos referido en casos anteriores:

“(…) le quiero preguntar por el artículo 14 de la Constitución. Usted sabe muy bien que este es el artículo de la igualdad. La cuestión es que este artículo se ha ido desarrollando a través de una jurisprudencia muy extensa y que incluso ha ido generando una doctrina en muchos países de Europa a propósito de lo que llamaríamos una vis expansiva del concepto de la igualdad hacia otras muchas circunstancias que no están específicamente nominadas en el artículo 14. Mi pregunta es si es usted partidario de una doctrina expansiva respecto a que condiciones personales o sociales adicionales a las que fija el artículo 14 se incorporen a la doctrina de la igualdad; véase la discapacidad, véase la orientación sexual, véanse las circunstancias socioeconómicas. En su opinión, ¿cabe o no cabe una interpretación expansiva del artículo 14 en relación con esa jurisprudencia?”.

La pregunta no es tan cerrada como las que López Garrido había planteado al candidato García Calvo en 2001 pero sí se refiere, de manera algo confusa e indefinida, a la postura que pudiera adoptar González Rivas en relación con la interpretación del art. 14 de la Constitución. Y esto nos sirve para comprobar que esa clase de preguntas, esenciales en las confirmaciones norteamericanas y que habían aparecido en las primeras comparecencias de 2001, siguen planteándose en 2012. Aunque sigue en pie también la objeción planteada por Rosa Díez en el sentido de que la respuesta dada a ese tipo de preguntas no puede influir en el resultado de las designaciones parlamentarias españolas.

En sus respuestas, González Rivas no aludió en modo alguno al sistema de comparecencias y sólo se refirió de un modo indirecto a la cuestión del art. 14, y sin dar pistas sobre la que pudiera ser su futura labor jurisdiccional.

b) Andrés Ollero

La siguiente comparecencia presentó la peculiaridad de que el candidato se había sentado al otro lado de la barrera en la ronda anterior de 2001, cuando formaba parte, como Diputado, de la Comisión de Nombramientos del Congreso. Se trataba de Andrés Ollero, al que ya hemos citado en estas páginas.

Tras la intervención inicial de Ollero correspondió el turno de palabra a Rosa Díez, que repitió sus objeciones al procedimiento aunque incorporando en sus palabras algunas de ideas expresadas anteriormente por Jáuregui, el portavoz socialista:

“(…) decía también el señor Jáuregui que el Tribunal Constitucional tiene un componente ideológico. Esa es justamente la cuestión, que ustedes —y ustedes también— creen que el Tribunal Constitucional tiene que tener la mayoría de quien tenga la mayoría en el Congreso de los Diputados. Creo que es esa percepción de la democracia la que deslegitima las instituciones”.

Jáuregui no quiso entrar de nuevo en este debate pero sí planteó a Ollero preguntas interesantes. Y lo fueron porque en lugar de preguntar de modo directo sobre posibles posturas de interpretación constitucional Jáuregui optó por una vía más indirecta, muy frecuentemente utilizada en las comparecencias de confirmación norteamericanas. Así por ejemplo, para que Ollero se manifestara en relación con el

matrimonio de personas del mismo sexo (en ese momento pendiente de sentencia del Tribunal) Jáuregui preguntó:

“Imaginémonos que nos encontramos un día en la universidad y yo le paso un papel en el cual le propongo un par de reformas en la Constitución que me gustaría saber si usted firmaría o no. Una de ellas diría lo siguiente: el artículo 32 de la Constitución, como usted sabe muy bien, dice exactamente que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Si yo le propusiera un documento que recogiera firmas a favor de que esa reforma dijera: Todos tienen derecho a contraer matrimonio, ¿usted lo suscribiría o no? También le propondría en esa misma reforma de la Constitución que en el artículo 14, además de decir lo que dice respecto a que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, se añadiera: O de orientación sexual. ¿Usted la añadiría como una circunstancia que explícitamente recogiera la necesidad de la igualdad a quienes tienen diferente orientación sexual? Si yo le propusiera una reforma en esa dirección, ¿qué opinaría usted?”.

Es interesante porque no se plantea al candidato de modo directo si el matrimonio de personas del mismo sexo es compatible con la Constitución. Esa pregunta sería fácilmente desviada por el compareciente con el argumento de que la cuestión estaba pendiente de resolución por el Tribunal y podría tener que participar en la decisión final, por lo que tendría que abstenerse de responder en este momento. Pero el modo en que fue formulada la pregunta permitió a Ollero dar una respuesta relativamente extensa y que sirvió también para que éste mostrara con bastante claridad su punto de vista sobre cuál ha de ser el papel del Tribunal Constitucional:

“(…) el Tribunal Constitucional no está para hacer una prórroga al debate político y el debate sobre si hay matrimonio homosexual o no es un debate político que se hace en esta casa. Un recurso no es una prórroga para decir: como hemos perdido aquí, a ver si hay más suerte en la prórroga. Lo que va a dictaminar el Tribunal Constitucional, cuando le toque, no sé si antes o después de que lleguen los candidatos actuales, es si para que haya una ley de matrimonio homosexual hay que cambiar o no la Constitución, como muy bien ha planteado su señoría. Aprovecho también para apuntar lo siguiente: a mí me parece un falso respeto a la Constitución el temor a modificarla, o quizás una falta de riesgo político el temor a modificarla. Desde luego, cuando se acaba con la Constitución es cuando no se la modifica, se hacen leyes por un legislador coyuntural y se espera a que el Tribunal Constitucional busque algún modo de avalarlas, haciendo mutaciones constitucionales al margen de lo que prevé la Constitución. Así, el problema no es que esté en juego el matrimonio, está en juego la Constitución. A mí eso me parece muy preocupante; creo que esta Constitución se ha modificado demasiado poco y además en cuestiones puntuales ajenas casi siempre al debate político nacional, más bien por cuestiones internacionales”.

La respuesta tiene bastante contenido, y con independencia de que se esté o no de acuerdo con su orientación, proporciona una información útil sobre las líneas que podría seguir Ollero en el Tribunal.

Sobre la cuestión de los símbolos religiosos sus respuestas fueron también bastante claras:

“Ahora, aparte de decir —y lo he escrito a propósito del problema de los símbolos religiosos— que nadie tiene derecho a poner un símbolo religioso en un ámbito público, he dicho también que nadie tiene derecho a quitarlo, porque no es un

problema de derechos que tienen que ver con la justicia, sino de tolerancia, que es una cosa distinta. Lo que sí apuntaría es que no es lo mismo poner que quitar; a mí me parece que quitar es un asunto un poquito más grave. No me hubiera escandalizado en absoluto que no estuviera la Iglesia católica en nuestra Constitución, como no está Dios, como está en la polaca, por ejemplo. Ahora, una vez que está, quitarlo me parece que es un asunto no equiparable a ponerlo. Esa es mi opinión”.

c) Encarnación Roca Trías

A la intervención de Andrés Ollero siguió la de Encarnación Roca Trías. Como en los casos anteriores, fue Rosa Díez quien abrió el turno de preguntas. Y en este caso, además de repetir sus críticas anteriores al procedimiento, planteó una pregunta muy específica a la candidata:

“¿Piensa usted que en el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional respecto de Bildu y de Sortu el Constitucional corrigió la sentencia del Supremo, corrigiendo y evaluando prueba? No solamente que fueran sentencias distintas, sino que el Constitucional hizo una evaluación y una corrección de las pruebas que le correspondía hacer al Tribunal Supremo. ¿Tiene una opinión al respecto? ⁴³⁶”

⁴³⁶ Interesante la respuesta de la candidata, que no rehuyó la cuestión: “Creo que el Tribunal Constitucional, sobre todo en la última sentencia, ha tenido muy en cuenta una cuestión que el Tribunal Supremo le sirvió en bandeja, y es la cuestión que plantea el voto particular de estas sentencias en las que la propia sala, los firmantes que se habían opuesto a la solución que había dado la Sala del artículo 61 del Tribunal Supremo habían acusado a la propia sala. Hay una cosa que un tribunal no puede decir y es que hay sospechas de algo. Un tribunal no puede decidir por sospechas. Los tribunales decidimos por indicios, no por sospechas. Esta es una cuestión que es muy posible que haya obligado al Tribunal Constitucional a entrar a evaluar una prueba que no había sido valorada en este sentido por el Tribunal Supremo. No digo nada más porque yo no pertenecía a esta sala, pero por lo que he ido viendo y leyendo por ahí puede ir”.

Pero quizá más interesante, por novedosa en estas comparecencias, es la valoración expresa que realizó el portavoz del Grupo Popular, el Diputado Gómez de la Serna, sobre la posición ideológica de la candidata y sobre el pacto político alcanzado a propósito de la misma:

“(…) no estamos de acuerdo con alguna de sus posiciones, pero no pasa nada, pues eso forma parte de la riqueza democrática del país, de la riqueza democrática de la Cámara, y fortalece nuestro ordenamiento constitucional. Ha hablado usted de una determinada manera de concebir la interpretación jurídico— constitucional, y me parece muy bien; yo no la comparto, pero —repito— no ocurre nada, el pluralismo es valor superior de nuestro ordenamiento jurídico y la tolerancia es una exigencia democrática. Por tanto me parece muy bien que ese sea su planteamiento político, y además porque —insisto y quiero hacer gala de ello aquí— hemos llegado también a un pacto de Estado para que la mayoría de las sensibilidades políticas estén representadas, y la suya es absolutamente legítima en este sentido”.

Aparece aquí de nuevo con descarnada claridad el punto de vista al que nos referíamos anteriormente, el de la clase parlamentaria, sobre la propia naturaleza del Tribunal y el modo más razonable de integrarlo. El Grupo Popular, por medio de su portavoz, asume que la ideología política de la candidata es diferente a la suya —opuesta, en cierto sentido— y afirma que precisamente por eso va a apoyar su designación, porque ésta forma parte de un pacto que busca dar a todos las seguridad de que todas las “sensibilidades políticas” estén representadas en el Tribunal.

Por supuesto, la candidata rechazó esa etiqueta ideológica que el Diputado Gómez de la Serna le había adjudicado:

“Es una cuestión de análisis de la estructura del Estado, y por tanto me sabe mal que el señor Gómez de la Serna no coincida con este planteamiento, porque repito que no es un planteamiento político; no lo es”.

d) Fernando Valdés Dal-Ré

De la última comparecencia, la del laboralista Valdés Dal-Ré, vale la pena destacar también algunas líneas de la respuesta a una de las preguntas que le planteó el portavoz socialista sobre el papel de la Constitución en la defensa de los derechos de los trabajadores. De nuevo, una pregunta concreta permitió a la Comisión conocer de modo más amplio el parecer del candidato sobre la función misma del Tribunal y su consideración como un órgano político:

“(…) el Tribunal Constitucional, no cabe duda —y me parece que en ocasiones ese es un debate equivocado—, es un órgano político, pero un órgano político que utiliza recursos y argumentos estrictamente constitucionales. Desacreditar o descalificar a quienes piensan que el Tribunal Constitucional en España es un órgano político me parece desacertado; cuestión distinta es si, a renglón seguido, se dice que la argumentación, el discurso del Tribunal Constitucional es político en lugar de político-constitucional, en lugar de un discurso estrictamente jurídico ajustado a la interpretación constitucional. Creo que colocar al Tribunal Constitucional en debates partidistas no es una buena práctica política, dicho con franqueza. Se debería dejar al tribunal para temas de ordenación del Estado, de garantía de funcionamiento, de los derechos constitucionales, pero las grandes opciones de política de derecho abiertas en el marco

de la Constitución no deberían ser deferidas a su solución por parte del Tribunal Constitucional”.

7. 3. LA REFORMA DE 2000 DEL ART. 184 DEL REGLAMENTO DEL SENADO

En consonancia con la Resolución de la Presidencia del Congreso que creaba la Comisión Consultiva de Nombramientos, también en el Senado se creó un instrumento equivalente para las designaciones correspondientes a esta Cámara. Pero se optó por otra vía procedimental, que fue la reforma directa del Reglamento del Senado para incluir dicha Comisión y regular su funcionamiento.

La Exposición de Motivos de la reforma reglamentaria era sencilla:

“El objeto de la presente reforma del Reglamento del Senado consiste en establecer un procedimiento parlamentario que permita el examen de las candidaturas presentadas para cubrir cargos públicos en órganos constitucionales y otros órganos estatales en los casos en que la Constitución o las leyes atribuyen a la Cámara tal potestad. Con este fin, la reforma crea una Comisión de Nombramientos, encargada de examinar la idoneidad de las personas propuestas para cubrir los cargos públicos, que podrá llamar a comparecer a los candidatos e informar posteriormente al Pleno. Se establece, además, un mecanismo para la verificación del cumplimiento por los candidatos de los requisitos que la Constitución o las leyes exigen para acceder a tales cargos. Y, finalmente, se regula la deliberación en el Pleno, previa a la votación de las candidaturas”.

La reforma lleva fecha de 14 de junio de 2000⁴³⁷; se aprobó por tanto apenas tres semanas después de la Resolución equivalente de la Presidencia del Congreso.

El diseño de la Comisión de Nombramientos y el del procedimiento de designación de cargos era prácticamente idéntico al establecido para el Congreso⁴³⁸, por

⁴³⁷ Publicada en BOE num. 145 de 17 de junio de 2000.

⁴³⁸ Adjuntamos aquí el nuevo texto de los artículos 184, 185 y 186 del Reglamento del Senado, tal y como quedaban redactados en la reforma citada:

Artículo 184. 1. “Cuando el Senado, conforme a la Constitución o a las leyes, haya de efectuar la propuesta de nombramiento, la designación o la elección de personas para ocupar cargos públicos en órganos constitucionales y otros órganos estatales, la Mesa de la Cámara acordará la apertura de un plazo para la presentación de candidaturas.

2. Cada Grupo parlamentario, mediante el correspondiente escrito, podrá presentar, como máximo, tantos candidatos como puestos a cubrir.

3. Las candidaturas deberán acreditar, de forma indubitada, que los candidatos cumplen los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes para desempeñar el cargo. Se presentarán acompañadas de una relación de los méritos profesionales y demás circunstancias que, en opinión del Grupo parlamentario, manifiesten la idoneidad del candidato para el puesto.

4. La Mesa podrá solicitar a la Comisión criterio acerca del cumplimiento por el candidato o candidatos propuestos de los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes para desempeñar el cargo. Oída la Comisión, la Mesa decidirá sobre la admisión a trámite de la candidatura. En caso de inadmisión, se dará cuenta al Grupo parlamentario autor de la propuesta, que podrá presentar nuevo candidato en el plazo que al efecto establezca la Mesa del Senado.

5. Concluido el plazo para la presentación de candidaturas, la Mesa de la Cámara ordenará la remisión de las admitidas a la Comisión de Nombramientos.

Artículo 185

1. La Comisión de Nombramientos, presidida por el Presidente del Senado, estará integrada por los Portavoces de los Grupos Parlamentarios. Cada Portavoz podrá ser sustituido por un Senador de su mismo Grupo mediante escrito dirigido a la Presidencia que deberá presentarse antes del inicio de la correspondiente sesión.

2. La Comisión de Nombramientos adoptará sus acuerdos en función del criterio del voto ponderado. A sus sesiones les será de aplicación el régimen general de publicidad previsto en el artículo 75.

3. Una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes para desempeñar el cargo, la Comisión de Nombramientos, a iniciativa propia o a petición de un Grupo parlamentario, podrá acordar la comparecencia de los candidatos.

4. Durante la comparecencia, los miembros de la Comisión podrán solicitar al candidato aclaraciones sobre cualquier extremo relacionado con su trayectoria profesional o sus méritos personales. La Presidencia velará, en todo caso, por los derechos del compareciente e inadmitirá las preguntas que pudieran menoscabar o poner en cuestión indebidamente el honor o el derecho a la intimidad del candidato.

5. No se podrán someter al Pleno propuestas relativas a candidatos que, habiendo sido convocados, no comparecieran ante la Comisión.

6. La Comisión de Nombramientos elaborará un informe sobre la idoneidad de los candidatos para acceder a los cargos que proceda cubrir. Dicho informe se someterá al Pleno.

7. La Presidencia del Senado, a la vista de las deliberaciones en la Comisión y del tiempo transcurrido desde el inicio del procedimiento, podrá proponer a la Mesa de la Cámara la apertura de sucesivos plazos de presentación de candidaturas. Las nuevas candidaturas se tramitarán por el mismo procedimiento.

lo que no repetiremos el análisis ya efectuado sobre el mismo en estas páginas. Pero sí nos detendremos en la importante y polémica reforma de 2007, cuya constitucionalidad acabaría siendo impugnada. Por otra parte, la última renovación de magistrados del Tribunal correspondientes al Senado se había producido en 1998 por lo que no se realizaron comparecencias paralelas a las de 2001 en el Senado antes de la reforma de 2007 que pasamos a detallar. De hecho, aquellos cuatro magistrados nombrados en 1998 no serían renovados hasta el año 2010 acumulando así un mandato de doce años, tres años superior a lo previsto por la Constitución.

7. 4. LA REFORMA DEL ART. 16.1 LOTC POR LA LEY ORGÁNICA 6/2007: LA PROPUESTA DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL POR LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS DE LAS CCAA

En el año 2007 la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo modificó aspectos muy importantes de la LOTC, especialmente en relación con el recurso de amparo. Pero

Artículo 186.

1. La deliberación en el Pleno consistirá en la presentación del informe por un miembro de la Comisión de Nombramientos, por tiempo no superior a diez minutos, seguida de la intervención de los Portavoces de los Grupos Parlamentarios que lo deseen, por tiempo máximo de diez minutos cada uno.

2. La votación se hará por papeletas, en las que cada Senador podrá incluir tantos nombres como puestos a cubrir. La Mesa hará el escrutinio y proclamará elegidos a los candidatos que obtengan mayor número de votos en función del número de puestos a cubrir, siempre que aquel equivalga a la mayoría exigida en cada caso por la Constitución o las leyes.

3. Si en la primera votación no se cubrieran todos los puestos al no alcanzarse la mayoría requerida, se realizará una nueva votación en la que el número de candidatos será como máximo igual al doble del de puestos a cubrir. En esta votación serán candidatos los que, sin alcanzar aquella mayoría, hayan obtenido mayor número de votos en la anterior.

4. De producirse empate con relevancia a efectos de la propuesta, designación o elección, se repetirá la votación entre los que hubieren obtenido igual número de votos y, en su caso, entre los que les sigan, en la medida necesaria para cubrir las vacantes.

5. En los casos contemplados en los dos apartados anteriores, cada Senador dispondrá de igual número de votos al de puestos que permanezcan sin elegir.

también introdujo una novedad relevante en la designación de Magistrados. Según el nuevo art. 16.1 de la LOTC:

“Los Magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara”.

Y los términos del Reglamento a los que hace referencia el precepto se desarrollaron en la reforma del Reglamento del Senado de 22 de noviembre de 2007⁴³⁹ que introducía un nuevo apartado en el art. 184 del Reglamento, el número 7, con el tenor siguiente:

“7. La elección por el Senado de los cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional, cuyo nombramiento ha de proponerse al Rey, según lo previsto en el artículo 159 de la Constitución, seguirá el procedimiento previsto en este Capítulo con las siguientes especialidades:

a) El Presidente del Senado comunicará a los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas la apertura del plazo para la presentación de las candidaturas. Cada Asamblea Legislativa podrá, en ese plazo, presentar hasta dos candidatos, resultando aplicable lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de este artículo.

b) La Comisión de Nombramientos elevará al Pleno de la Cámara una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir, que deberán haber comparecido previamente en la Comisión. Si no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes, la propuesta que se eleve al Pleno podrá incluir otros candidatos”.

⁴³⁹ BOE num. 284 de 27 de noviembre de 2007.

Esta reforma de 2007, en lo referido a la designación de magistrados por el Senado, provocó una seria controversia doctrinal y política, que incluyó la remisión del problema al Tribunal Constitucional, que se pronunció sobre ese punto de las reformas (de la Ley Orgánica y del Reglamento) en la STC 49/2008 de 9 de abril y en la STC 101/2008 de 24 de julio⁴⁴⁰.

La intención de la reforma del procedimiento de designación de magistrados en el Senado parece clara⁴⁴¹. La Constitución había previsto que cuatro de los ocho candidatos de procedencia parlamentaria fueran propuestos por el Senado. Y el Senado es definido en nuestra Carta Magna como “cámara de representación territorial” (art. 69) Así pues, las designaciones del Senado debían, de algún modo, aportar al Tribunal lo que con cierta frecuencia se llama “sensibilidad” territorial a la hora de realizar la labor propia de los intérpretes de la Constitución. Pero como es sabido, y es ya un tópico doctrinal, el Senado no se ha desarrollado entre nosotros como una verdadera cámara territorial, y no puede decirse con rigor que sus miembros, al menos no mayoritariamente, representen esa “sensibilidad” territorial. Especialmente si dicho factor territorial se entiende específicamente referido a las Comunidades Autónomas. Por ese motivo, la reforma de 2007 pretendió trasladar directamente ese poder de designación a las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, entendiendo que de ese modo se acercaba más la decisión al verdadero ámbito de poder territorial, el

⁴⁴⁰ Dos estudios de este aspecto específico de la reforma, con comentarios de ambas sentencias y amplia referencia bibliográfica sobre la controversia puede encontrarse en SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. (2009) También en ESTRADA MARÚN, J. A. (2010)

⁴⁴¹ Decimos “parece”, porque lo cierto es que la relativamente amplia exposición de motivos de la Ley Orgánica no contiene ni una sola referencia al sentido que tiene la introducción del nuevo párrafo del art. 16. Esta ausencia de explicaciones resulta especialmente sorprendente al comprobar que el texto sí dedica un párrafo a razonar sobre los cambios en “el régimen interno y la organización del Tribunal”, pero sólo se hace referencia expresa a la modificación de las normas sobre la selección de los Letrados. Esta omisión motivó además que el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la ley y resuelto por la STC 49/2008 alegara, además de otras muchas presuntas vulneraciones, que la actuación del legislador infringía la prohibición de arbitrariedad del art. 9.3 de la Constitución. El Tribunal no aceptaría, como era previsible, esta argumentación.

de las cámaras elegidas por los ciudadanos cuando éstos deciden sobre quién habrá de gobernar y legislar en su Comunidad Autónoma, de manera que los comicios se plantean desde un punto de vista territorial (por contraste con la elección de los Senadores, que para la mayor parte de los ciudadanos es perfectamente indistinguible de la de los Diputados).

De hecho, parece claro que el desencadenante inmediato de la nueva redacción dada al art. 16.1 LOTC –que no aparecía en el Proyecto de Ley Orgánica presentado por el Gobierno en 2005- fue la aprobación del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006) que disponía en su art. 180 que: “La Generalitat participa en los procesos de designación de Magistrados del Tribunal Constitucional”. Este “hecho sobrevenido”, como lo calificaría un autor⁴⁴², determinó la inclusión en el proyecto de un nuevo modo de designar Magistrados que diera entrada directa a las CCAA.

7. 4. 1. La impugnación de la reforma ante el TC.

El primer recurso, el presentado contra la Ley Orgánica 6/2007 y resuelto por la STC 49/2008, alegaba como motivos de inconstitucionalidad razones formales, en relación a los cauces normativos empleados, y razones de fondo o materiales. Nos detendremos algo más en estas últimas, aunque en general no entraremos a fondo en la cuestión porque nos interesa más analizar –desde el punto de vista general de este trabajo- el modo en que se produjeron las comparecencias en el Senado una vez resuelta la impugnación.

⁴⁴² FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2008) p. 175.

Sobre los motivos de índole procesal-constitucional, los recurrentes afirmaban varias cosas. En primer lugar, que el legislador no podía imponer al Senado por medio de una Ley Orgánica un cambio en el modo de ejercer una facultad propia reconocida en la Constitución. En su caso, dicha reforma habría debido efectuarse –según este criterio- por medio de una modificación del Reglamento del Senado. Por otra parte, los recurrentes sostenían también que la Ley Orgánica que regula el funcionamiento de una institución no puede entrar en el ámbito de otra, ya que eso, “posibilitaría que la propia LOTC obligase al Gobierno a que sus propuestas de Magistrados fuesen determinadas por las mayorías parlamentarias⁴⁴³”.

En cuanto a los motivos de fondo, el recurso afirmaba que “la reforma del art. 16.1 LOTC vulnera frontalmente lo dispuesto en el art. 159.1 CE, precepto que atribuye la designación de algunos Magistrados del Tribunal Constitucional directa, exclusiva y libremente al Senado, sin que esta facultad pueda ser limitada o condicionada por las propuestas de los Parlamentos autonómicos. Los recurrentes señalan, a este respecto, que la reforma impugnada sustituye en el fondo una elección de primer orden por una de segundo orden, que opera a partir de las propuestas de las Asambleas autonómicas”. Se alega también la vulneración de todo el Título III de la Constitución, y en especial de todos los preceptos que delimitan la posición constitucional del Senado. Además, el hecho de que los Senadores tengan, tras la reforma, que obedecer las propuestas llegadas de los parlamentos autonómicos supondría también una vulneración de la prohibición del mandato imperativo establecida en el art. 67.2 de la Constitución.

La sentencia rechazó las alegaciones presentadas afirmando que en el nuevo art. 16 de la LOTC “en ningún momento se pone en duda que la elección de los

⁴⁴³ STC 49/2008 de 9 de abril (son palabras de los recurrentes; Antecedentes, 1b)

Magistrados del Tribunal Constitucional afectados por la impugnación corresponde al Senado. Y ello no sólo porque el nuevo párrafo segundo del art. 16.1 LOTC dispone expresamente que “Los Magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”, sino porque el primer párrafo sigue remitiéndose expresamente a las condiciones establecidas en el art. 159.1 CE. Como no podía ser de otro modo por imperativo del principio de supremacía constitucional (art. 9.1 CE), pero como también se deriva de esta remisión y de la necesaria interpretación del término “propuesta” en el sentido que se acaba de señalar —y que también se recoge en el propio precepto impugnado—, no cabe duda que la elección de los Magistrados sigue correspondiendo al Senado (Fund. Jur. 8º)”.

Por otra parte, el Tribunal afirmó que no podría realizarse una declaración de inconstitucionalidad sobre el nuevo procedimiento hasta que éste no estuviera desarrollado en detalle por la necesaria reforma del Reglamento del Senado: “tal y como está redactada la norma impugnada no puede dejar totalmente en manos de los Parlamentos autonómicos la libre determinación de los candidatos elegibles por el Senado, sino que remite a su Reglamento y, por lo tanto, a la propia voluntad de la Cámara, la concreción del grado de participación de los Parlamentos autonómicos en dicha facultad, así como el margen de intervención del Senado en el proceso de elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional. Como es lógico, tal remisión no implica que el Reglamento del Senado no esté sometido a límites constitucionales que permitan a la Cámara ejercer adecuadamente su función constitucional, ni que este Tribunal no pueda controlar que el concreto desarrollo de la participación autonómica en el proceso de elección de sus Magistrados respeta tales límites. Pero la posibilidad de que éstos se

sobrepasen no puede llevarnos a considerar que, tal y como está redactado, el precepto impugnado sea inconstitucional”.

La sentencia rechazó también, con argumentos similares a los citados, el resto de las alegaciones, aunque la cuestión no quedaba cerrada hasta que se aprobara –y en su caso se recurriera- la reforma del Reglamento del Senado.

Conviene también anotar que la sentencia incluía tres votos particulares discrepantes que consideraban que el Tribunal debió estimar el recurso y en consecuencia declarar la inconstitucionalidad de la nueva redacción del art. 16 LOTC.

Pero sobre todo, debe tenerse en cuenta que el Tribunal estaba ya afectado por algo que analizaremos posteriormente, la llamada “crisis de las recusaciones”, que provocó que el Pleno que aprobó la sentencia estuviera integrado únicamente por ocho Magistrados, lo que hizo aún más significativos los votos discrepantes.

La reforma del Reglamento del Senado se aprobó, como ya se ha señalado, el 22 de noviembre de 2007, y supuso la inclusión de un nuevo apartado en el art. 184 del Reglamento en el que se desarrollaba la nueva previsión del art. 16.1 de la LOTC. Era lógico esperar que dicha reforma fuera también impugnada y efectivamente así sucedió. El recurso fue desestimado por la STC 101/2008 de 24 de julio.

La argumentación de este recurso había sido muy similar, como es lógico, a la del recurso presentado anteriormente contra la el 16.1 de la LOTC. Y también fue rechazado por el Tribunal con parecidos argumentos.

Lo más distintivo de este segundo recurso era la afirmación de que el Senado quedaba desapoderado de una de sus funciones puesto que el nuevo Reglamento le impedía rechazar a los candidatos presentados por los Parlamentos autonómicos.

Para rechazar esta argumentación, el Tribunal tuvo que realizar una interpretación bastante creativa del nuevo 184.7 b) del Reglamento, que disponía que la Comisión de Nombramientos del Senado, “si no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes”, podría incluir otros candidatos en la propuesta que se eleve al Pleno. La creatividad consistía en considerar que ese “suficientes” no venía referido a la cuestión del número –es decir, que se hubieran presentado menos candidatos que los puestos a cubrir- sino que podía referirse también a que el Senado no considerase que los candidatos presentados reunieran los requisitos de idoneidad y aptitud para desempeñar el cargo.

Esta línea argumental, que parece forzar bastante la interpretación con el fin de salvar la constitucionalidad de la norma, no fue tampoco compartida por todos los Magistrados, ya que tres de los mismos firmaron también en esta ocasión votos particulares discrepantes.

7. 5. ANÁLISIS DE LAS COMPARECENCIAS ANTE LA COMISIÓN CONSULTIVA DE NOMBRAMIENTOS DEL SENADO EN JULIO DE 2010

Como ya se ha dicho, las comparecencias para renovar a los Magistrados del Tribunal correspondientes al Senado se retrasaron tres años, ya que su mandato de nueve años debía finalizar en 2007 pero los partidos mayoritarios no alcanzaron el acuerdo necesario hasta el verano de 2010, por lo que cuatro magistrados permanecieron en su puesto durante el extraordinario período de 12 años. Obviamente,

las consecuencias de esta anomalía institucional no fueron nada positivas desde el punto de vista de la legitimidad del Tribunal y de su posición ante la opinión pública. En esos tres años de “prórroga”, no fueron infrecuentes los casos en los que los defensores de alguna posición ideológica o política que había sido “derrotada” en el Tribunal apuntaran que la sentencia con la que estaban en desacuerdo había sido firmada por Magistrados que no tenían ya derecho a ocupar su puesto en el Tribunal. Este problema se manifestó de manera especialmente intensa a propósito de la constitucionalidad del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que era –por cierto- la principal razón de la falta de acuerdo suficiente para renovar en plazo el Tribunal.

En cualquier caso, y por lo que ahora nos interesa, este retraso significó que tras la reforma del Reglamento del Senado ya analizada del año 2000, y que introducía –al igual que en el Congreso- el trámite ante la Comisión de Nombramientos, no se produjo ninguna comparecencia hasta julio del año 2010, cuando ya se había introducido también la reforma mencionada referida a la intervención de los parlamentos autonómicos en la designación de los candidatos.

Por ese motivo, en la sesión del 15 de julio de 2010⁴⁴⁴ comparecieron ante la Comisión de Nombramientos 22 candidatos que habían sido propuestos en su momento –algunos dos años antes⁴⁴⁵- por las Asambleas de las Comunidades Autónomas. Como se recordará el nuevo art. 184 del Reglamento señalaba que cada asamblea podría presentar hasta dos candidatos. Pero esto no impedía presentar uno solo ni tampoco que

⁴⁴⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales. IX Legislatura. Comisiones, num. 392. Diario de Sesiones del Senado de 15 de julio de 2010.

⁴⁴⁵ El senador Zubia Atxaerandio, al comenzar el turno de preguntas al candidato Valdés Dal-Ré, hizo un irónico comentario al respecto de ese retraso: “no podemos olvidar que su designación como candidato a magistrado del Tribunal Constitucional la realizó la Asamblea de Madrid hace ya prácticamente dos años —yo creo que algunos de los candidatos propuestos ya casi ni se acordaban que lo eran después del tiempo que ha pasado que ha sido de casi dos años”.

varias asambleas –obviamente con mayorías del mismo signo político- presentaran el nombre o los nombres de los mismos candidatos. De hecho, el Partido Popular optó por esta última vía, lo que quizá suponía un desvío de la intención del legislador que había querido introducir un elemento de “sensibilidad” territorial en el Tribunal, dando entrada en el debate de nombramientos a cada una de las CCAA en particular. En cualquier caso, esta postura era coherente con la impugnación de la constitucionalidad de la norma llevada a cabo por parlamentarios del mismo grupo y de la que también hemos hablado anteriormente.

Resulta de especial interés para nuestro trabajo comprender la realidad política de lo que sucedió en esta sesión, en contraste con la forma externa del procedimiento que es la única que deja huella en los diarios de sesiones.

Como hemos visto, en el proceso norteamericano las comparecencias sirven para que los miembros del Congreso, a los que corresponde una parte esencial del poder de control en una democracia, puedan presentar a los candidatos designados por el Presidente ante la opinión pública desde un punto de vista crítico, de forma que los electores puedan movilizarse a favor o en contra y los políticos decidan finalmente – tanto los Senadores como el propio Presidente- si deben o no mantener los nombramientos propuestos.

En el caso español parece que el procedimiento se produce exactamente al revés. Y el caso de las comparecencias ante el Senado en 2010 fue especialmente significativo.

En efecto, las comparecencias tuvieron lugar 2 ó 3 años después de que las asambleas autonómicas adoptaran un acuerdo sobre el nombre del candidato a presentar. Durante todo ese tiempo, la opinión pública no dispuso de un medio eficaz para conocer la figura o los méritos de los candidatos. Fueron los partidos los que vetaron

alternativamente a unos y otros en negociaciones interminables no formalizadas ni públicas y no sometidas a plazos legales sino a calendarios políticos.

Y todo el mundo era consciente -como ya se ha explicado en estas páginas- de que el principal obstáculo para el consenso en los nombramientos era una cuestión que estaba entonces pendiente de resolución por parte del Tribunal: la constitucionalidad del Estatuto de Cataluña que se había aprobado en 2006. La renovación de los Magistrados del Senado en 2007 podía alterar decisivamente las mayorías y los partidos quisieron asegurar al máximo que la sentencia del Tribunal fuera lo más favorable posible a las tesis respectivas de cada uno, en un asunto en el que ambos bandos habían apostado un enorme capital político. El fallecimiento de Roberto García Calvo en 2008 complicó aún más el asunto al hacer aún más decisivo el voto de cada uno de los once Magistrados restantes. Además, en 2010 correspondería renovar a los cuatro candidatos del Congreso, lo que hacía que el Partido Popular no viera especiales problemas en retrasar la renovación de los del Senado hasta que pudiera hacerla coincidir con la del Congreso, confiando en haber recuperado entonces la mayoría legislativa perdida en 2004.

De hecho, el acuerdo no pudo lograrse hasta que el Tribunal se pronunció sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña en la STC 31/2010 de 28 de junio. Inmediatamente, en julio de ese mismo año, el Partido Popular y el PSOE consiguieron consensuar tres de los cuatro candidatos necesarios, y decidieron postergar el nombramiento del cuarto hasta una negociación posterior⁴⁴⁶.

⁴⁴⁶ El Partido Popular había propuesto en todas las asambleas autonómicas en las que era mayoritario dos únicos candidatos: Enrique López y Francisco Hernando. El PSOE vetó al primero de ellos, al que consideraba demasiado marcado políticamente tras su paso por el CGPJ en el que consideraban que había actuado en defensa de las posiciones del PP. Por ese motivo el acuerdo fue posible cuando los populares retiraron la candidatura de Enrique López. También eso explicó que sólo se

Y sólo entonces, después de tres años, pudieron presentarse ante la Comisión de Nombramientos –y por tanto ante la opinión pública- todos los candidatos propuestos inicialmente por las asambleas autonómicas. Pero la realidad es que la comparecencia en sí no tenía ya ninguna trascendencia, puesto que todos los Diputados –y los candidatos- sabían que el acuerdo ya estaba alcanzado y que resultaría indiferente lo que allí sucediera. Salvo sorpresa extraordinaria, no tendría sentido pensar que algo de lo dicho por los comparecientes podría echar abajo una ardua negociación política que había tardado tres años en alcanzarse. Y de hecho, como veremos, todo sucedió según lo previsto.

De hecho, el procedimiento elegido para escenificar el acuerdo fue perfectamente acorde con el mismo. El Presidente de la Comisión de Nombramientos explicó al principio de la sesión que cada uno de los 22 intervinientes dispondría de un turno de entre cinco y siete minutos para realizar su intervención. Tras el mismo, los Diputados que lo desearan podrían formular preguntas. Obviamente, el examen de dos decenas de candidatos en una sola sesión no permitía un control muy exhaustivo de cada uno de ellos y el margen que quedaba para el control era muy reducido.

No realizaremos aquí un análisis pormenorizado de cada intervención puesto que todas ellas fueron relativamente breves y los candidatos sólo tuvieron que responder a un número muy escaso de intervenciones, que en la mayor parte de los casos tan sólo se dirigió a felicitar al candidato por sus méritos profesionales y a agradecerle su comparecencia. Lo cierto es que a la vista del sentido formal ya mencionado de esta comparecencia habría sido sorprendente encontrarse con algo distinto. Los únicos matices que puede valer la pena mencionar son los proporcionados por algunos

alcanzara un acuerdo para tres nombres, postergándose la negociación del segundo candidato propuesto por el Grupo Popular del Senado (que sería finalmente Francisco Pérez de los Cobos)

candidatos que quisieron subrayar su compromiso con lo que podríamos llamar “valores autonómicos”. Ese fue el caso de Óscar González González, que comenzó su intervención afirmando que “quizás lo más interesante sería explicar por qué es importante para Canarias que un canario acceda a las instituciones más importantes del Estado”. Su exposición se desarrolló en esa línea y concluyó en el mismo sentido: “creo conveniente la existencia de Canarias en las instituciones más importantes del Estado español, para que estas especialidades y particularidades de la idiosincrasia canaria, y también de su ordenamiento jurídico, sean bien conocidas”. En el turno de preguntas, el senador Villajoana y Rovira respaldó de manera expresa el punto de vista del candidato: “En cuanto al hecho de que usted considere que es importante que un canario esté en el Tribunal Constitucional, lo compartimos. Pensamos que este país tiene una complejidad muy amplia y que es bueno que el Tribunal Constitucional asuma estas complejidades y estas diferencias”.

También puede destacarse una de las preguntas que le fue formulada a Francisco Hernando Santiago, uno de los candidatos más conocidos de entre los que comparecían por haber ocupado el puesto de Presidente del Tribunal Supremo. Y uno de los que habían sido designados por todas las asambleas autonómicas en las que era mayoritario el Partido Popular, por lo que podía entenderse que era el candidato con un apoyo más firme por parte de ese partido político (el otro candidato al que desde el principio había propuesto el PP en todas las asambleas, Enrique López⁴⁴⁷, fue retirado antes de la comparecencia para lograr el consenso con el PSOE) Pero el perfil de Francisco Hernando estaba muy marcado por esa designación en las asambleas dominadas por el PP además de por sus años de vocal en el CGPJ y como Presidente del mismo.

⁴⁴⁷ El caso de Enrique López se complicó aún más por el hecho de que el PSOE discutió la idoneidad del candidato por entender que no cumplía con el requisito de los quince años de ejercicio de la profesión de jurista.

Así pues, tras un par de intervenciones de felicitación al candidato, el senador Bonet i Revés (de la Entesa Catalana de Progrés) tomó la palabra para hacer una pregunta bastante menos diplomática y dirigida al fondo de la cuestión: “Usted ha dicho que durante toda su vida su único objetivo ha sido la ley. Pues bien, la Ley Fundamental, la Constitución Española, dice que los doce miembros del Tribunal Constitucional se nombran de la siguiente manera: un tercio por el gobierno del Consejo General del Poder Judicial (sic), otro tercio por el Congreso de los Diputados y otro tercio por el Senado. Yo pienso que esto será por algo. Creo que los candidatos del Senado atenderán al hecho diferencial del Senado, hecho diferencial que no tienen ni el Congreso, ni el gobierno del Consejo General del Poder Judicial (sic), y que consiste en que el Senado es la Cámara de representación territorial. Yo le pregunto lo siguiente: si usted sale elegido, ¿tendrá presente que ha sido nombrado por la Cámara de representación territorial?”. Como es obvio, la pregunta contiene un error técnico por lo que se refiere al tercio “por el gobierno del Consejo General del Poder Judicial”. Pero dejando eso a un lado, es interesante que se plantee al candidato si piensa que el hecho de ser propuesto por el Senado le obligará, de alguna manera, a tener en cuenta esa valoración especial del “hecho diferencial” al que se refiere el senador Bonet i Revés.

La respuesta de Hernando no permite suponer que el candidato estuviera dispuesto a aceptar que su futuro desempeño jurisdiccional pudiera estar constreñido por el origen autonómico de su propuesta de nombramiento: “Indudablemente que tendré en cuenta ese factor, pero lo que le digo a su señoría fundamentalmente es que, si llego a ser elegido, será por la voluntad del pueblo español, representado por sus señorías en este caso y por los representantes de la soberanía popular en el caso de los Congreso de los Diputados. Tenga usted la seguridad absoluta de que no tengo ningún

prejuicio contra las territorialidades de España ni contra los principios de cada una de esas territorialidades o comunidades autónomas”.

Continuando con el análisis de las intervenciones, es también interesante comprobar que, en general, los candidatos no suelen hacer referencia a su labor jurisdiccional específica, es decir, a las sentencias de las que han sido ponentes o a votos particulares relevantes. Esto es comprensible en nuestra tradición jurídica, tan distinta de la norteamericana. Pero en los procesos de nominación norteamericanos – como ya hemos visto- el análisis de las sentencias redactadas con anterioridad por el candidato suele ser un elemento central de las comparecencias, a veces el más relevante. Pero obviamente eso requiere de un tiempo de análisis y de unos medios materiales que no suelen estar a disposición de los parlamentarios españoles.

Uno de los candidatos sí hizo una brevísima referencia a esta cuestión, pero con un tono que más bien confirmaba la poca importancia que podían tener en estos debates las sentencias redactadas por los candidatos. Se trataba de Francisco Cobo Sáenz, designado por el parlamento de Navarra: “He querido facilitarles —y siento la premura del tiempo— una relación de las sentencias que he considerado que son más importantes en mi trayectoria profesional, pero lo único que tengo que ofrecerles y que exponerles es que mis títulos se basan exclusivamente en que el Parlamento de mi comunidad, el Parlamento del viejo Reino de Navarra, ha tenido la inmensa delicadeza de elegirme por mi trayectoria jurisdiccional exclusivamente”.

También se refirió a su labor jurisdiccional, algo más específicamente, el Magistrado del Tribunal Supremo Nicolás Maurandi Guillén: “He intervenido en muchas sentencias o procesos sobre el acceso a la función pública, y en la sección hemos creado una jurisprudencia que ha intentado reducir al máximo el espacio amplio

de discrecionalidad que tienen los tribunales calificadores con objeto de buscar puntos en los que se puedan establecer los límites que marcan los parámetros de mérito, capacidad y de prohibición de la arbitrariedad”. Como en los casos anteriores, lo sumario del procedimiento, la limitación de los medios y el hecho de que el resultado final fuera ya conocido por los comparecientes y los Diputados hizo que estos últimos no considerasen necesario preguntar al candidato para ampliar la información en este punto.

El otro candidato propuesto por Navarra, Manuel Pulido Quecedo, también puede ser citado en este breve repaso por haber incluido en su exposición una breve referencia a su modo de entender el ejercicio de la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional que iba algo más allá de la exposición de la trayectoria profesional: “Ello requiere a mi juicio, y esto es importante, el ejercicio de un diálogo institucional en su doble vertiente, horizontal y vertical, con otros tribunales y ciertas dosis de *self-restraint*, como manifestó el primer Tribunal Constitucional con la distinción de las interpretaciones de contenido y relieve constitucional de las que no lo son, fuente de conflictos en ocasiones entre la jurisdicción constitucional y ordinaria que a mi juicio siempre que se pueda se debe evitar, siempre que con ello quede patente la supremacía del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales”. El sentido que los miembros de la Comisión podían dar a estas palabras venía limitado por el hecho de que no estaban referidas a ningún asunto o problema específico. De hecho, la cuestión no suscitó ninguna pregunta o aclaración, lo que tampoco era de esperar dado que el candidato no era uno de los incluidos en el consenso entre los partidos mayoritarios.

Otro punto que se planteó en varias ocasiones fue el del reducido número de mujeres que habían sido propuestos por los parlamentos autonómicos, sólo cuatro de entre los 22 comparecientes. La portavoz socialista lo mencionó expresamente en el

turno de intervención de cada una de las cuatro candidatas. Recogemos aquí sus palabras al final de la exposición de María del Carmen Catalán Martínez: “ (...) como socialista y como mujer, como una firme convencida de que una sociedad decente es una sociedad donde la igualdad plena está reconocida, y solo puede estar reconocida si por la vía del hecho estamos presentes al 50% en todas las instituciones, en todos los niveles públicos y privados en los que se organiza la sociedad, usted para mí tiene una validez especial, no solamente, repito, por su currículum, por sus méritos y por su trayectoria, porque cumple usted los requisitos que la Constitución española señala para poder ser magistrada del Tribunal Constitucional, sino porque considero que en las instituciones más relevantes del Estado —y el Tribunal Constitucional lo es— tiene que estar presente el punto de vista de género, porque si no está presente, a la justicia y a la igualdad les falta una pata muy importante”.

En cualquier caso, y como resumen final de la jornada, puede decirse que no se produjo ningún intercambio real de opiniones entre los parlamentarios y los candidatos, de forma que su presencia en el Congreso no aportó ningún elemento de juicio o de control que no se desprendiera del curriculum enviado con anterioridad a la cámara y que había sido ya —en principio— analizado por los grupos parlamentarios. Por ese mismo motivo, parece también legítimo concluir que la sesión no sirvió para que la opinión pública tuviera un conocimiento algo más profundo —políticamente hablando— del perfil de los candidatos y de su eventual desempeño como Magistrados del Tribunal Constitucional.

7. 5. 1. La comparecencia de Francisco Pérez de los Cobos en el Senado el 6 de octubre de 2010.

Como ya se ha dicho, el acuerdo político que permitió desbloquear la situación en el Senado sólo había permitido cerrar tres de las cuatro candidaturas que correspondían al Senado en julio de 2010. En otoño, tras nuevas negociaciones, los dos grupos mayoritarios acordaron la candidatura de Francisco Pérez de los Cobos, candidato de los populares que resultaba aceptable para los socialistas⁴⁴⁸.

De hecho, la comparecencia del candidato se condujo con la misma sumariedad que la de los anteriores. El Presidente le concedió cinco minutos para su intervención y los miembros de la Comisión de Nombramientos no consideraron necesario abrir ningún debate más allá de las oportunas felicitaciones.

Sin embargo, su comparecencia resultaba interesante porque venía a ser una confirmación de la STC 101/2008 de 24 de julio, ya mencionada. Como se recordará, esta sentencia había tenido que resolver si el poder concedido a las asambleas autonómicas para proponer candidatos al Senado no vulneraba la Constitución al privar al Senado de una competencia explícitamente concedida por la misma. El TC había sostenido la constitucionalidad de la norma afirmando que la Cámara Alta no estaba obligada a aceptar la propuesta si la misma no incluía “las candidaturas suficientes”. Así pues, la falta de consenso en julio de 2010 podía interpretarse en el sentido de que la propuesta de las CCAA no incluía suficientes candidaturas, por lo que el Magistrado

⁴⁴⁸ Y que ocupaba en la propuesta el lugar de Enrique López, que había sido vetado –como ya se mencionó– por el Grupo Socialista.

que faltaba por nombrar podía ser propuesto directamente por el Senado (sin intervención autonómica) Y así fue como se hizo.

7. 6. ALGUNAS SUGERENCIAS PARA LA REFORMA DE LOS REGLAMENTOS DE LAS CÁMARAS EN MATERIA DE NOMBRAMIENTOS DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Las sugerencias contenidas en este epígrafe parten del análisis general del trabajo y de las reflexiones finales sobre éste a las que se hará referencia más adelante. Suponen por tanto un cierto adelanto de la parte más técnica de las conclusiones que parece más adecuado situar aquí como cierre del capítulo dedicado al sistema de comparecencias. Se mantienen además en los límites del texto constitucional, tratando de desarrollar el potencial de éste sin pretender su reforma. De hecho es posible que algunos de los cambios más importantes no requieran reformas legislativas, puesto que los amplios poderes de la Mesa de cada cámara –en este punto- permitirían desarrollar una práctica diferente en la línea de lo que aquí se ha expuesto. No obstante, se apuntan a continuación algunos cambios en los Reglamentos que facilitarían esta transición⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ Al final del artículo publicado por Javier García Roca sobre el procedimiento de selección de Magistrados del TC y la regeneración del Tribunal (GARCÍA ROCA, J. 2012) se apuntan con brevedad diez sugerencias específicas de reforma. Por lo reciente del trabajo y la importancia del autor nos parece interesante señalar aquí que algunas de nuestras propuestas podrían entenderse como un desarrollo de una de esas sugerencias. Señala García Roca que: “Conviene regular con más detalle en los Reglamentos del Congreso y del Senado sendas comisiones parlamentarias de nombramientos a la que se encomiende la selección de los candidatos a Magistrados y realizar propuestas de nombramiento al Pleno, regulando los trámites de un procedimiento electivo que configure la audiencia como un verdadero mecanismo de verificación de la idoneidad de los candidatos para el cargo”. En otra de las sugerencias finales -también muy relacionada con los fundamentos de nuestro trabajo y sus conclusiones- afirma que: “Es menester recuperar el consenso en las designaciones parlamentarias, recobrando el sentido integrador de las mayorías cualificadas; si no fuera posible, no debería elegirse a nadie que resulte absolutamente inaceptable para alguno de los Grupos parlamentarios, y debería reconocerse por convención una facultad de “veto” a los Grupos parlamentarios”.

A) Actualmente, la regulación del procedimiento se encuentra en el Título XII del Reglamento del Congreso y en el Capítulo I del Título IX del Reglamento del Senado. En los dos casos hay preceptos específicos referidos al nombramiento de Magistrados del Tribunal Constitucional. Sin embargo la regulación de las comparecencias ante la Comisión de Nombramientos -efectuada en la Resolución de la Mesa del Congreso de 25 de mayo de 2000 y en la reforma del art. 184 del Reglamento del Senado de ese mismo año- no contienen ninguna previsión específica sobre el Tribunal Constitucional, refiriéndose en general a todos los nombramientos que hayan de efectuar las Cámaras. Convendría reordenar esta normativa incorporándola al Reglamento –en el caso del Congreso- y estableciendo un trámite específico para las comparecencias de candidatos al Tribunal Constitucional.

B) Convendría fijar plazos específicos para todo el procedimiento, comenzando por la presentación de candidaturas por parte de los Grupos. Y si se establecen con un margen suficientemente amplio es probable que resulte más sencillo evitar la crítica situación de que tener que prolongar los mandatos por falta de acuerdo en la renovación. Probablemente sería también útil que dicho plazo se abriera de modo automático con anterioridad a la finalización del mandato de los últimos Magistrados designados por cada Cámara. Un periodo de sesiones parece un plazo razonable. Por ejemplo, podría establecerse que en la primera reunión del periodo de sesiones anterior a la finalización de los nueve años, la Mesa abriera un plazo de un mes para la presentación de candidaturas y fijara la fecha de inicio de las comparecencias un mes después de la finalización de dicho plazo. Obviamente, esta anticipación no sería posible en el caso

de fallecimientos o renunciaciones de Magistrados. Pero los mismos plazos podrían fijarse a partir del momento en el que se produzca la vacante, lo que puede formalizarse haciéndolo depender de un escrito del Pleno del Tribunal dirigido a la Mesa de la cámara correspondiente.

C) Uno de los factores que transforman en una mera formalidad las actuales sesiones de confirmación es el escaso tiempo del que disponen los candidatos para su intervención y los legisladores para realizar preguntas. Tampoco está prevista la comparecencia de otros testigos. Lo habitual en el Congreso es que los dos partidos mayoritarios pacten una lista conjunta con tantos candidatos como puestos sea necesario cubrir. Se trata, por tanto, de un número de entre uno y cuatro comparecientes. En ese caso, habría que fijar el día del inicio de las comparecencias de tal forma que éstas se realizaran individualmente en días diferentes, sucediéndose en un orden previamente establecido (por ejemplo, alfabéticamente). La Presidencia de la Comisión de Nombramientos daría por terminada cada comparecencia cuando todos los miembros de la Comisión hubieran formulado las preguntas deseadas salvo que pareciera oportuno, a la vista de alguna de las respuestas, comenzar una nueva ronda de intervenciones. Dado que la Comisión está formada sólo por los Portavoces de los Grupos (o los Diputados que les sustituyan), se tratará de un grupo reducido de parlamentarios y la acumulación de varias rondas de preguntas y respuestas no supondría –una vez individualizadas las comparecencias- una carga excesiva de tiempo o de trabajo.

D) En el caso del Senado parece difícil singularizar las comparecencias si se mantiene el sistema de propuesta previa de las asambleas legislativas autonómicas

introducido por la reforma de la LO 6/2007 y que ocasionaron en 2010 una comparecencia de 22 candidatos. Ya hemos manifestado en estas páginas nuestras dudas sobre la constitucionalidad de la reforma, que sólo fue salvada por el Tribunal por medio de una polémica sentencia interpretativa. En dicha resolución se dejaba claro que el legislador orgánico no puede limitar el derecho del Senado a nombrar los cuatro candidatos que la Constitución le otorga, por lo que ha de entenderse que la propuesta autonómica no es vinculante para la Cámara. En cualquier caso, una solución podría ser establecer un trámite previo a las comparecencias –y posterior a la proclamación de las candidaturas enviadas por las CCAA- que sirviera de filtro, de modo que sólo los candidatos que obtuvieran una mayoría absoluta de votos –podrían ser votos ponderados en la Comisión- se presentaran ante la Comisión de Nombramientos para la comparecencia de designación. Previsiblemente tan solo los cuatro candidatos pactados por los grupos mayoritarios podrán superar ese filtro y el debate podría seguir ya por cauces parecidos para los indicados anteriormente para el Congreso.

E) Actualmente, la Comisión de Nombramientos vota sobre la idoneidad de los candidatos en la misma sesión en la que se produce la comparecencia. Esto refuerza la impresión de formalidad del procedimiento. Podría ser más adecuado que esta votación se produjera en una fecha posterior fijada por la Presidencia, quizá en la semana siguiente. Y la sesión del Pleno en la que los nombramientos han de ratificarse por la mayoría de tres quintos podría celebrarse quince días después. De esta forma la opinión pública, a través de los medios de comunicación, tendría la oportunidad de profundizar y debatir sobre lo sucedido en las comparecencias. Esto permitiría también que los grupos parlamentarios pudieran medir la reacción social de aceptación o rechazo de los candidatos. Conviene recordar aquí que la Comisión puede aprobar la idoneidad por

mayoría simple, a pesar de que posteriormente serán necesarios tres quintos de los Diputados para la aprobación final. Esto podría dar especial relevancia al debate final si la comparecencia hubiera planteado problemas imprevistos en relación a la idoneidad “ideológica” de alguno de los candidatos.

F) La razón de prolongar la confirmación sería que los grupos pudieran utilizar ese tiempo para justificar ante la opinión pública su eventual oposición al nombramiento previamente pactado. El coste político de provocar el fracaso de la renovación debería implicar que los grupos sólo se atrevieran a asumirlo en los casos en los que la comparecencia les hubiera dado argumentos suficientes. Se trata, por tanto, de facilitar que se haga público y parlamentario el debate sobre la adecuación ideológica de los candidatos. Lógicamente, si la votación en el Pleno no alcanzara los tres quintos de los votos favorables sería necesario comenzar de nuevo desde el principio todo el procedimiento.

G) Establecidos plazos suficientes para el estudio de las candidaturas, queda la cuestión de los medios materiales a disposición de los miembros de la Comisión de Nombramientos. Se trata de una cuestión que no puede resolverse en una reforma reglamentaria ya que está directamente relacionada con un problema político más general: el de los medios presupuestarios con los que deben contar las cámaras. La cuestión no ha sido analizada de modo específico en este trabajo pero sí nos hemos referido a los recursos que dedica el Senado norteamericano a sus Comisiones y a lo escasísimo -en comparación- de los medios con que cuentan nuestras cámaras. Además el trabajo del Comité Judicial del Senado es en buena medida facilitado por el estudio

previo realizado sobre cada candidato por el FBI y el Departamento de Justicia. En la actualidad, los miembros de la Comisión de Nombramientos sólo pueden contar con el trabajo del Letrado adscrito a la misma, además de los medios ordinarios con los que cuentan los grupos. Quizá podría plantearse que los servicios de documentación de las cámaras preparasen, a partir del momento de la proclamación de las candidaturas, un amplio dossier documental sobre cada uno de los aspirantes. Dicho estudio podría articularse en torno a las obras escritas e intervenciones orales de los candidatos que tengan un carácter público y estén registradas, así como a una selección de jurisprudencia en el caso de los candidatos que provengan de la judicatura. Esta labor también podría ser encomendada al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, organismo dependiente del Ministerio de la Presidencia.

8. CONCLUSIONES

En la introducción de este trabajo se planteaba una hipótesis y una metodología que llevan a articular las conclusiones en tres partes.

En primer lugar, se expondrán las conclusiones referentes al sentido constitucional del proceso norteamericano de confirmaciones en el Senado tratando de destacar sus principales ventajas y –de entre éstas- las que podrían resultar de algún modo aplicables al modelo español.

A continuación intentaremos concluir de igual modo con respecto al sentido del proceso parlamentario de designación de Magistrados de nuestro Tribunal Constitucional y sus principales defectos.

8. 1. SOBRE EL PROCESO DE CONFIRMACIÓN DE JUECES DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS EEUU EN EL SENADO.

I. El sentido del procedimiento se ha transformado sustancialmente con respecto a lo querido por la Constitución Federal de 1787. Inicialmente, los constituyentes sólo quisieron asegurar un mínimo nivel en los candidatos al Supremo y un equilibrio de poder entre el Presidente y los Senadores (que no eran designados entonces directamente por el pueblo) En los debates constituyentes no aparecen pruebas de que se pretendiera asegurar la independencia de los jueces y mucho menos de que se intentara

controlar de alguna manera el ejercicio de su jurisdicción por parte de la oposición política o del electorado.

II. La transformación del papel del Supremo –con la asunción del *Judicial Review*- transformó también el sentido de las sesiones de confirmación, que se revelaron pronto como un mecanismo constitucional y político mucho más complejo de lo previsto inicialmente.

III. La lucha por el control de los nombramientos en el Supremo de los EEUU es, desde la consolidación definitiva del Tribunal como corte constitucional, continua y abiertamente política. Los partidos y el Presidente asumen ante la opinión pública que proponen candidatos próximos a sus posiciones ideológicas.

IV. Este sentido político de las confirmaciones se fundamenta en la premisa esencial -aceptada explícita o implícitamente por todos- de que los jueces del Supremo tienen el poder de modificar el sentido de la Constitución y deben por ello estar controlados políticamente (el modo en que se concreta este control aparecerá en conclusiones posteriores) Por lo que se refiere a la discusión doctrinal sobre el papel de los Jueces del Supremo, el estado del debate sigue centrado en torno al enfrentamiento entre clásicas posiciones de los “originalistas” y los “activistas”. Se han repasado también las distintas posiciones en este antiguo debate, incluyendo las más recientes como el “*attitudinal model*” o las basadas en las teorías económicas del “*rational choice*”. La única conclusión clara que puede obtenerse, y que parece compartida por el

común de los ciudadanos, es que los jueces del Tribunal Supremo, por medio de los procesos jurídicos o intelectuales que se prefieran, realmente dan forma continuamente a la Constitución norteamericana realizando una constante y siempre renovada “recreación” de la misma. Y en este sentido, desde el punto de vista de los resultados, son mucho más frecuentes sus creaciones jurisprudenciales añadiendo derechos a la Constitución que las reformas de la misma por medio del rígido mecanismo de las enmiendas.

V. En contraste aparente con el punto anterior, es habitual que los partidarios de las posiciones ideológicas que se encuentran minoritariamente “representadas” en el Tribunal critiquen con fuerza lo que suele denominarse “gobierno de los jueces”, afirmando que nueve personas no elegidas democráticamente no pueden remodelar el pacto constitucional. Pero esto sólo resulta ser una oposición formal, como queda de manifiesto en la siguiente conclusión (VI).

VI. A pesar de las continuas críticas desde todas las posiciones políticas, nunca se han utilizado los mecanismos que estaban y están a disposición de los legisladores para reducir efectivamente el poder de estas nueve personas que ocupan un puesto vitalicio y tienen el poder de alterar profundamente el modo de vida de los norteamericanos sin haber sido elegidos directamente por el pueblo y sin tener que rendir cuentas ante nadie. En efecto, el Congreso ha tratado siempre de influir en la toma de decisiones judiciales por la vía de los nombramientos, y ha tratado de bloquear los que en cada caso le parecían inaceptables. Además de los ejemplos iniciales, detalladamente descritos en este trabajo, las luchas de Roosevelt con el Tribunal en la

época del New Deal o las confirmaciones de Bork y Thomas en época más reciente, son prueba suficiente de la continuidad e intensidad de esta tensión entre el Congreso y el Tribunal. Pero el legislativo, que podría en realidad tener la última palabra, ha renunciado siempre a utilizar las armas de mayor calibre. Así, y a pesar de las amenazas de algunos momentos, no se ha servido de su poder presupuestario para reducir la capacidad de acción de un Tribunal políticamente contrario y tampoco ha modificado la Constitución o las leyes judiciales para reducir la jurisdicción del Tribunal o para cambiar el número de sus magistrados. Siempre se ha mantenido esa permanente pelea en la que el Congreso y el Presidente luchan con pasión por los nombramientos ante la opinión pública, pero después respetan el trabajo del Tribunal y se someten a sus dictados. Es un equilibrio delicado y no formulado expresamente en ninguna ley, pero que dibuja una de las características esenciales del sistema constitucional norteamericano.

VII. Como consecuencia de lo anterior, puede afirmarse que el equilibrio permanente de *checks and balances* no siempre explícitos del sistema norteamericano se ha ido concentrando casi exclusivamente -por lo que respecta al Tribunal Supremo- en las sesiones de confirmación de las nominaciones ante el Comité Judicial y el Pleno del Senado de los EEUU.

VIII. Los debates de confirmación se articulan esencialmente –en la práctica- en torno al modo en que los magistrados podrían interpretar la Constitución en los puntos más polémicos o esenciales en cada momento. Los candidatos son siempre cuestionados sobre sus posturas en los temas más delicados: aborto, libertad de expresión, derecho a

portar armas, discriminación, pena de muerte, etc. En muchos casos son derechos o instituciones que forman parte de la Constitución norteamericana por haberse incorporado a ella a través del *judicial review* del propio Tribunal Supremo. Y las posturas de los candidatos sobre esos temas son aireadas por los medios de comunicación y utilizadas por la sociedad civil para presionar a los legisladores y advertirles de las posturas que deben adoptar en las confirmaciones, con el aviso expreso de que podrían encontrarse con un castigo electoral en función de su comportamiento final.

IX. El hecho de que las confirmaciones traten en profundidad las posiciones ideológicas de los candidatos y adquieran así un importante matiz político no ha provocado una rebaja de la calidad técnica o el nivel profesional de los candidatos elegidos sino más bien lo contrario.

X. Los Presidentes no son elegidos directamente en función de los candidatos que vayan a escoger como magistrados del Tribunal, aunque los fracasos y éxitos en los procesos de confirmación afectan en ocasiones seriamente a su imagen pública y a la fortaleza de su posición política. Y más específicamente, la posición que adoptan los senadores a lo largo de los debates sí puede afectarles directamente en el momento de su reelección. Las asociaciones de defensa de intereses particulares organizan campañas de ámbito nacional para sostener las nominaciones de candidatos que consideran favorables a sus posiciones, así como para intentar evitar la confirmación de aquellos que podrían ponerlas en peligro. Estas campañas han incluido la compra de espacios electorales en todos los medios de comunicación, y han tenido en ocasiones una gran

relevancia pública ocupando buena parte de la actualidad informativa nacional. Y la argumentación que se utiliza en esas fuertes confrontaciones políticas permite afirmar que tanto los medios de comunicación como los lobbies y los académicos valoran esos debates de confirmación como la antesala de los debates de interpretación constitucional que se producirán en el seno del Tribunal, cuando éste tenga que dictar sentencia en casos en los que puede cambiar el significado de la Constitución. Así, hemos visto como en los debates se citan expresamente las sentencias más conocidas, las más relevantes, las que han introducido por vía de interpretación verdaderos nuevos derechos o desarrollos radicalmente diferentes de los antiguos.

XI. De todo lo anterior se deduce la que quizá sea la conclusión más importante de la primera parte de este trabajo: las sesiones de confirmación en el Senado son utilizadas como un instrumento adecuado -a pesar de sus defectos- para poder mantener un órgano de control de constitucionalidad independiente y fuerte pero dotado a la vez de la suficiente legitimidad democrática como para que dicho control pueda realizarse incluso en aquellos casos –siempre presentes en una democracia madura- en los que la interpretación dada por el Tribunal a la Constitución implicará una cierta recreación de la misma. Y la esencia del mecanismo parece consistir en que si alguien quiere probar que un candidato no es apto para detentar un poder que puede recrear el pacto constitucional debe hacerlo en las sesiones de confirmación. Si los representantes del pueblo no rechazan el nombramiento éste queda ya apartado de todo control posterior.

XII. Para que las confirmaciones pudieran cumplir con el objetivo señalado se ha hecho necesario que el procedimiento reuniera una serie de características decantadas a

lo largo del tiempo en un proceso que sólo ha terminado de fijarse en la segunda mitad del siglo XX. Las candidaturas son anunciadas por el Presidente con una antelación razonable. Después se produce una rigurosa investigación del perfil profesional y vital del candidato por parte de una agencia federal. La información recabada es puesta a disposición de los senadores. Estos cuentan además con abundantes medios personales y materiales para realizar un amplio estudio de los datos recibidos y complementarlos si lo estiman oportuno. La confirmación de cada candidato se debate por separado y comienza con una larga comparecencia inicial del interesado que puede prolongarse durante muchas horas. Los debates no están sometidos a reglas estrictas y el poder de decisión del Presidente del Comité y de sus miembros es muy extenso. Esto permite prolongar las sesiones o interrumpirlas para dar plazo a que los senadores estudien con mayor detenimiento evidencias que hayan aparecido con posterioridad al comienzo de las comparecencias. Por último, es importante señalar que los miembros del Comité Judicial pueden plantear las preguntas que consideren oportunas, incluyendo cualquiera que se refiera a las posiciones ideológicas o jurídico-constitucionales de los candidatos.

XIII. El sistema sigue evolucionando. El caso de Robert Bork parece haber confirmado la línea de realizar un control de fondo sobre las posibles tendencias “constitucionales” del candidato, asumiendo el Senado el poder de realizar un control democrático en el que la oposición puede intentar presentar ante la opinión pública al candidato como un juez extremista que se aparta del “*mainstream*” de lo que el pueblo americano considera aceptable en el pacto constitucional. A su vez, la intensidad del control ha provocado que los candidatos desarrollen su propio sistema de defensa, articulado en torno a la objeción a opinar sobre un asunto que podrían tener que juzgar en el futuro como miembros del Tribunal. Obviamente esa posición sólo puede ser adoptada por aquellos

candidatos que no se han pronunciado ya de un modo claro sobre la cuestión en algún momento de su carrera profesional anterior. Cuando esto ha sucedido, el debate es mucho más difícil de esquivar y la confrontación política es más probable.

XIV. Consecuencia importante de lo anterior es que los Presidentes tienden en la actualidad a buscar candidatos con el expediente lo más “limpio” posible. Tras las tormentosas confirmaciones de Bork y Thomas, cada vez resulta más difícil para los senadores obtener respuestas claras que permitan discutir en profundidad las nominaciones y tratar de realizar ese control político al que nos venimos refiriendo.

XV. En paralelo a la conclusión principal, no puede ignorarse que gran parte de los debates de confirmación no encuentran su justificación en este control democrático de la interpretación constitucional. Las confirmaciones fracasadas o las obtenidas con escaso margen pueden suponer una derrota política de cierta importancia para un Presidente. Y en muchas ocasiones ése es el motor de la oposición al nombramiento.

XVI. En términos generales, el sistema puede calificarse positivamente, puesto que sirve directamente al principio democrático y al equilibrio de poderes, y por tanto actúa como un refuerzo de los derechos y libertades que un régimen constitucional aspira a proteger. Es un mecanismo que no ha sido diseñado por nadie, sino que se ha conformado en un largo y lento proceso de desarrollo. Y sus peores excesos y defectos, que han sido analizados en detalle a lo largo de estas páginas, forman también parte de su caracterización. Del mismo modo que no puede concebirse la democracia

parlamentaria sin algunas de las consecuencias menos positivas de la sociedad abierta y del sistema de partidos, es probable que tampoco pudiera sobrevivir un poder tan especial como el que tiene asignado el Tribunal Supremo en EEUU sin un sistema de confirmaciones tan abierto al debate y a la democracia de partidos como el que se ha desarrollado allí. Si se considera que el papel del Tribunal Supremo como intérprete último de la Constitución y desarrollador de la misma es positivo, también lo es el sistema de confirmaciones en el Senado.

8. 2. SOBRE LA DESIGNACIÓN PARLAMENTARIA DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA.

I. Aunque precedente directo del Tribunal Constitucional de 1978, el Tribunal de Garantías de la II República no puede servir como un caso de estudio del control parlamentario del nombramiento de miembros de un tribunal constitucional. En primer lugar, porque el papel de las Cortes republicanas en dichos nombramientos fue formalmente muy escaso, aunque desde otro punto de vista podría decirse que la dependencia de los miembros del Tribunal con respecto a la clase política fue absoluta, siendo ésta una de las principales razones de su desprestigio y de su escasa utilidad como herramienta para rebajar la tensión institucional o para proteger la Constitución de 1931. Sólo el Presidente y dos de los vocales eran directamente elegidos por las Cortes, sobre un total de 25 miembros, por lo que la intervención parlamentaria expresa puede calificarse de irrelevante. Por otra parte, el procedimiento de elección de esos miembros no preveía ninguna clase de debate específico y tampoco una mayoría cualificada. Pero la principal razón del fracaso del Tribunal y de su escasa utilidad como modelo para nuestro trabajo es el hecho de que la mayoría de los políticos republicanos nunca

estuvieron dispuestos a aceptar un control de constitucionalidad por entender que no podía limitarse la capacidad legislativa de un parlamento soberano. Conviene también señalar que podría interpretarse esta experiencia como un ejemplo de los riesgos a los que puede llevar la intención de controlar políticamente la interpretación constitucional, pero la excepcionalidad histórica del periodo impide formular conclusiones conceptuales claras y mucho menos deducir consecuencias prácticas de unas regulaciones que con frecuencia fueron ignoradas por los políticos de ambos bandos.

II. El art. 159 de la Constitución de 1978 no pretendió introducir novedades significativas en el control político de la jurisdicción constitucional, y mucho menos crear un procedimiento similar al norteamericano. La designación por las Cámaras de ocho de los doce Magistrados se aprobó prácticamente sin discusiones dentro de la aceptación general del modelo de los tribunales constitucionales alemán e italiano, en los que la designación parlamentaria se había establecido como un medio de controlar el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos por la ley a los candidatos. Incluso la opción por un número par de Magistrados, que no suele utilizarse en los tribunales y ha sido criticada con frecuencia, responde probablemente al deseo de equilibrar los poderes del Congreso y el Senado siguiendo el modelo alemán en el que el Bundestag y el Bundesrat se reparten por mitades la designación de los 16 jueces. La previsión de que el Gobierno designara dos Magistrados y el Consejo General del Poder Judicial otros dos –la única originalidad notable de nuestro sistema- no parece ser explicable por motivos técnicos o teóricos que aparecieran en los debates, más allá de la participación de los tres poderes en la composición del Tribunal (participación, en tal caso, notablemente desequilibrada a favor del legislativo) Más bien parece una solución

impulsada por el Gobierno de aquel momento como un modo de asegurar a corto plazo que la composición inicial del Tribunal no le resultaría políticamente contraria.

III. En los debates de elaboración y aprobación de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional tampoco se discutió ninguna novedad en lo referente al modo de integración del Tribunal. Parece que la previsión constitucional de que los Magistrados habrían de ser elegidos por mayoría de tres quintos de los Diputados y Senadores parecía suficiente garantía. La Ley Orgánica no desarrolló tampoco ningún detalle del procedimiento, que se dejaba a los Reglamentos de las Cámaras.

IV. Los Reglamentos del Congreso y el Senado desarrollaron la Constitución y la Ley Orgánica -que dejaban un margen muy amplio por su brevedad en este punto- con una regulación que decidiría –sin ninguna formulación o aspiración teórica aparente- el sentido del procedimiento. En efecto, y sin que aparecieran motivaciones expresas, el legislador diseñó un procedimiento que minimizaba absolutamente las opciones de que se realizara en las Cámaras un verdadero control político de las designaciones. Lo más relevante en este sentido eran las previsiones de que cada grupo parlamentario dispondría de cinco minutos para defender las cuatro candidaturas propuestas (que se votarían a continuación), que no estuviera prevista la comparecencia de los candidatos y que las votaciones fueran secretas. La designación se realizaba en un solo Pleno.

V. El análisis de las sesiones en las que se votaron las designaciones muestra también que la Mesa, al interpretar los Reglamentos, ha intentado en general evitar que los

debates transmitieran la impresión de que los candidatos cuentan con el respaldo político de un grupo parlamentario concreto. Ejemplo de esto es el Acuerdo de la Junta de Portavoces del Congreso en la primera sesión de designaciones por el que los candidatos se propusieron al Pleno por orden alfabético y sin manifestación alguna de cuáles eran los grupos parlamentarios que habían propuesto cada candidatura. Las propuestas no se publicaban en los diarios oficiales sino que se hacían llegar a la Presidencia de modo directo por las jefaturas de los grupos. No era infrecuente que algunos parlamentarios las minorías manifestaran enterarse de las candidaturas en el día previo al de la votación.

VI. Las conclusiones anteriores (IV y V) muestran que las normas y la práctica parlamentaria de las designaciones han seguido una tendencia clara: parece que la función de las cámaras consiste en dotar al Tribunal de una legitimidad que podríamos llamar “instantánea”, por proceder de la investidura que otorgan el Congreso y el Senado a esos 8 Magistrados al hacerles partícipes de su legitimidad democrática. Pero en ningún caso el procedimiento sirve para finalidad alguna, ni desde el punto de vista de los propios candidatos ni desde el de la opinión pública, ya que de hecho puede considerarse que prácticamente no existe.

VIII. La reforma reglamentaria del año 2000, que creó Comisiones de Nombramientos en el Congreso y el Senado e introdujo como novedad la comparecencia de los candidatos no ha supuesto un cambio relevante. Es indicativo el hecho de que las mismas reglas se apliquen a puestos tan diversos como el Magistrados del Tribunal Constitucional, al Presidente de la Agencia EFE o a un Vocal de la Comisión Nacional

de la Energía. Las designaciones siguen realizándose en un solo Pleno, en el que se concede a cada candidato cinco minutos para intervenir ante la Comisión. Los medios puestos a disposición de los parlamentarios que quieran abrir un debate de fondo sobre el nombramiento siguen siendo muy limitados (en tiempo y en recursos materiales) La impresión general que produce la reforma es que se establece como respuesta a las críticas de los grupos minoritarios que –como se ha dicho- se enteraban de los candidatos propuestos en la misma sesión de designación. Ahora pueden disponer con antelación del curriculum vitae del candidato remitido por el grupo parlamentario que lo ha propuesto. Pero la reforma, positiva en cualquier caso, sólo parece mejorar la capacidad de estos grupos para controlar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos por las respectivas leyes para los puestos a cubrir. No resulta posible – especialmente en el caso de las candidaturas al Tribunal Constitucional- abrir un debate de fondo. Muestra clara de ello es que en la sesión de la Comisión de Nombramientos del Senado del 15 de julio de 2010, que debía poner fin a una renovación retrasada en más de tres años, comparecieron en una misma mañana 22 candidatos para los cuatro puestos a cubrir.

IX. En contra de la apariencia de “neutralidad” política y de mero control de legalidad mantenidas por las Mesas de las Cámaras y por los Reglamentos, y que se ha descrito en las conclusiones anteriores, la línea de actuación de los grupos parlamentarios ha sido – de manera constante y clara- la de luchar por el nombramiento de Magistrados próximos a sus posiciones ideológicas, lo que no ha sido incompatible con que se tratara en la mayoría de los casos de juristas de reconocida competencia y prestigio. Esta tendencia se ha acentuado cada vez más, llegando a provocar –con motivo de la lucha política en torno a la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña- enormes retrasos en la

renovación del Tribunal. Los partidos mayoritarios han preferido retrasar los nombramientos más de tres años antes de aceptar candidaturas que les pareciesen ideológicamente inadecuados. La imagen pública del Tribunal se ha deteriorado enormemente como consecuencia de esta situación. Retrasos similares, aunque no tan graves, se han producido por motivos parecidos en Italia y Alemania.

X. En el año 2007 los grupos políticos mayoritarios utilizaron por vez primera –con un claro contenido político- el instrumento procesal de la recusación para intentar apartar a algunos Magistrados de la resolución del recurso sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Los resultados de esos recursos -algunos mejor fundados jurídicamente que otros- fueron diversos. Pero el análisis completo de la situación permite afirmar que se estaba intentando provocar un debate público sobre el perfil ideológico de algunos candidatos para mostrar que su excesivo radicalismo en contra de una u otra posición les inhabilitaba para tomar partido en la decisión final. Lógicamente, tal debate no podía en realidad tener lugar en el estrecho y poco adecuado cauce de la recusación procesal, prevista por el derecho para resolver el problema de que un juez tenga una conexión directa con alguna de las partes. Parece que se buscaba más bien un debate de control similar al que se produce en las sesiones de confirmación ante el Comité Judicial del Senado de los EEUU.

XI. Las dos conclusiones anteriores (IX y X) muestran que en realidad, y en contra de lo que parece presentarse entre nosotros como técnicamente correcto, los parlamentarios españoles desean en realidad realizar un control político e ideológico de fondo en los nombramientos de Magistrados muy similar al que tiene lugar en el Senado

norteamericano. Pero parecen considerar que hacerlo abiertamente erosionaría la apariencia de imparcialidad necesaria para que la sociedad acepte las decisiones del Tribunal como meramente “jurídicas”.

X. La evolución del proceso en España y el análisis de derecho comparado no solo en EEUU sino también en Alemania o Italia- muestran que en los sistemas con constituciones rígidas dotados de un órgano de control de constitucionalidad es habitual que éste tenga que asumir un papel cada vez más relevante a la hora de interpretar un texto constitucional al que el paso del tiempo, inexorablemente, planteará problemas que no pudieron ser previstos en el momento de su redacción. Y esto provoca también que la clase política –y de modo reflejo, la opinión pública- sienta una necesidad creciente de conocer y controlar con mayor rigor las posiciones ideológicas de las personas que van a realizar esa interpretación constitucional, especialmente cuando ésta implica en realidad nuevas concreciones del pacto constitucional que difícilmente podrán calificarse de meros tecnicismos. Podría alegarse que en esos casos lo propio será cambiar las reglas de reforma de la Constitución para hacerlas más flexibles y afrontar de modo directo las modificaciones que sean necesarias. Pero la experiencia demuestra que esta vía –en los sistemas de reforma rígida como el nuestro- es en muchos casos imposible. Cuando la Constitución es flexible (como en el caso británico) o el órgano de control de constitucionalidad tiene una posición o unos poderes más limitados (como en el caso francés) las alternativas son diferentes.

XI. En el caso español la tensión entre la apariencia y la realidad puede estar provocando un mayor daño al Tribunal –y al sistema constitucional en conjunto- del que

implicaría asumir con mayor franqueza el alcance del poder que se le otorga y reformar en consecuencia el proceso de designación de sus miembros para permitir que la sociedad pueda controlarlo políticamente –y solo de modo previo al ejercicio de su función- por medio de sus representantes parlamentarios.

XII. Con independencia del éxito que se logre en la mejora del proceso parlamentario de designación, sería positivo que los grupos parlamentarios asumieran expresamente ante la opinión pública que pretenden controlar el perfil “político” de los candidatos por la importancia y las consecuencias de la labor de interpretación constitucional que éstos van a realizar. De esa manera podría rebajarse el desgaste que sufre el Tribunal al ser percibida esa “politización” –que de hecho siempre se produce- como algo esencialmente negativo. Y si se consigue que ese control se circunscriba con claridad al breve periodo del proceso de designación parlamentaria, podría quedar reforzada su independencia posterior.

XIII. A la vista del amplio margen de desarrollo dejado por el art. 159 de la Constitución y por la Ley Orgánica 2/1979 que lo desarrolla, la consecución del objetivo señalado en la conclusión anterior (XI) sólo requeriría reformas en los Reglamentos de las Cámaras. A continuación, en la última parte de estas conclusiones, se apuntan algunas sugerencias en este sentido.

BIBLIOGRAFÍA

Nomination of Sandra Day O'Connor : Hearings before the Committee on the Judiciary, United States Senate, Ninety-seventh Congress, first session, on the nomination of Judge Sandra Day O'Connor of Arizona to serve as an associate justice. 1982. Washington, D.C: U.S. G.P.O.

Nomination of Judge Antonin Scalia : Hearings before the Committee on the Judiciary, United States Senate, Ninety-ninth Congress, second session, on the nomination of Judge Antonin Scalia, to be Associate Justice of the Supreme Court of the United States, August 5 and 6, 1986. 1987. Washington: U.S. G.P.O. : For sale by the Supt. of Docs., Congressional Sales Office, U.S. G.P.O.

Nomination of Justice William Hubbs Rehnquist : Hearings before the Committee on the Judiciary, United States Senate, Ninety-ninth Congress, second session, on the nomination of Justice William Hubbs Rehnquist to be Chief Justice of the United States, July 29, 30, 31, and August 1, 1986. 1987. Washington: U.S. G.P.O. : For sale by the Supt. of Docs., Congressional Sales Office.

Nomination of Robert H. Bork to be Associate Justice of the Supreme Court of the United States : Hearings before the Committee on the Judiciary, United States Senate...September...1987. 1989. Washington, D.C Washington, D.C: U.S. G.P.O For sale by the Supt. of Docs., U.S. G.P.O.

Nomination of Anthony M. Kennedy to be Associate Justice of the Supreme Court of the United States : Hearings before the Committee on the Judiciary, United States Senate, One Hundredth Congress, first session ... December 14, 15, and 16, 1987. 1989. Washington, D.C Washington, D.C: U.S. G.P.O For sale by the Supt. of Docs., U.S. G.P.O.

"Nine justices, ten years: a statistical retrospective." 2004. *Harvard Law Review* 118,1: 510-523.

ABRAHAM, HENRY JULIAN. 1985. *Justices and presidents: A political history of appointments to the Supreme Court*: Oxford University Press.

———. 1999. *Justices, Presidents and Senators, Revised : A History of the U.S. Supreme*

- Court Appointments from Washington to Clinton*: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.
- ACOSTA SÁNCHEZ, JOSÉ. 1998. *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos.
- AGUIAR DE DUQUE, L. 2009. «Una nueva reflexión sobre la *prorogatio* de los órganos constitucionales. Una discrepancia y algunas puntualizaciones a J. A. Santamaría», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, p. 84.
- AJA, ELISEO, ed. 1998. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel.
- ALBERTÍ ROVIRA, ENOCH. 2002. "El recurso de amparo a revisión." en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Rubio Llorente. Volumen II*. Madrid.
- ALCALÁ-ZAMORA, NICETO. 1977. *Memorias : [Segundo texto de mis memorias]*, Espejo de España. Barcelona: Planeta.
- ALEXANDER, LARRY & SOLUM, LAWRENCE B. 2005. "Book review: popular constitutionalism?". *Harvard Law Review* 118: 1595-1640.
- ALFARO FERNÁNDEZ, LUIS FERNANDO. 2003. *La legitimación del ciudadano en el proceso constitucional*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Servicio de publicaciones.
- ALLEN, CARLETON K. 1969. *Las Fuentes del Derecho inglés*. Madrid.
- ALZAGA VILLAAMIL, OSCAR. 2003. "Sobre la composición del Tribunal Constitucional." *Teoría y realidad constitucional (UNED)*: 149-180.
- ALMAGRO NOSETE, J. 1989. *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ANAND, R. P. 1965. *The role of individual and dissenting opinions in international adjudication, (World rule of law booklet series)*: Rule of Law Research Center, Duke University School of Law.
- ANZON, A. 1993. *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello stato*. Vol. Studi di giustizia costituzionale. Torino: G. Giappichelli.

- . 1995. *L'opinione dissenziente : atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993 : con un'antologia di opinioni dissenzienti di giudici costituzionali e internazionali*. Vol. Seminari di studi. Milano: A. Giuffrè.
- ARAGÓN REYES, MANUEL. 1981. "Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia." en *El Tribunal Constitucional*. Madrid.
- . 1986. "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional." *Revista Española de Derecho Constitucional* 17 85-136.
- . 1990. "La función legislativa de los parlamentos y sus problemas actuales." en *El Parlamento y sus transformaciones actuales*: Tecnos. 129-143.
- ARCAYA, FRANCISCO DE. 1934. *El Tribunal de Garantías constitucionales*. Madrid: Reus.
- ARZAMENA, J. 1995. "Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional: balance de quince años" en VVAA: *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- AUSTIN, JOHN, y AUSTIN, JOHN. 1954. *The province of jurisprudence determined ; and, The uses of the study of jurisprudence*, Library of ideas. New York: Noonday Press.
- AZAÑA, MANUEL. 2000. *Memorias políticas y de guerra*. Vol. I. Barcelona: Crítica.
- AZZARITI, GAETANO. 2000. *Forme e soggetti della democrazia pluralista: considerazioni su continuità e trasformazioni dello stato costituzionale*, Collezione di testi e di studi Scienza politica. Torino: G.Giappichelli.
- BAGEHOT, WALTER. 2005. *La Constitución inglesa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO. 1988. "Tribunal Constitucional, Poder legislativo y Poder Constituyente." *Revista Jurídica de Castilla - La Mancha* 3/4: 321-346.
- . 2000. "Tribunal Constitucional y creación del Derecho." en *La justicia constitucional en el estado democrático*, ed. E. y Díaz Revorio Espín Templado, F.

- Valencia: Tirant Lo Blanch. 381-395.
- . 2002. "El status constitucional de la reforma y la fragmentación del poder constituyente." en *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Rubio Llorente*: CEPC. 99-130.
- BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA. 2004. "La interpretación constitucional como interpretación del derecho." en *Derecho Constitucional y cultura: Estudios en homenaje a Peter Häberle*. Madrid: Tecnos.
- BALAGUER CALLEJÓN, G. CÁMARA VILLAR y L. F. MEDINA REY, 2008. *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid.
- BALL, HOWARD. 2002. *The Supreme Court in the Intimate Lives of Americans: Birth, Sex, Marriage, Childrearing, and Death*: New York University Press.
- BANDRÉS, J. M. 1985. "La publicidad de los debates y las decisiones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la del Tribunal Constitucional español." en *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Zaragoza.
- BARTH, ALAN. 1974. *Prophets with honor; great dissents and great dissenters in the Supreme Court*. New York: Knopf; [distributed by Random House].
- BASSOLS COMA, MARTÍN. 1981. *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República Española*. Madrid: CEC.
- . 2010. *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*. Madrid: BOE.
- BAUGH, JOYCE A. 2002. *Supreme Court Justices in the Post-Bork Era: Confirmation Politics and Judicial Performance (Teaching Texts in Law and Politics, Vol. 21)*: Peter Lang Publishing.
- BLANCO VALDÉS, L. 2001. «El botín de los colonizadores», en *Las conexiones políticas. Partidos, Estado y sociedad*, Alianza Editorial, Madrid.
- BELKNAP, MICHAL R, y WARREN, EARL. 2004. *The Supreme Court under Earl Warren, 1953-1969*. Vol. Chief justiceships of the United States Supreme Court. Columbia,

S.C: University of South Carolina Press.

BENTHAM, JEREMY, HART, H. L. A., y BENTHAM, JEREMY. 1970. *Of laws in general*, The collected works. London: University of London, Athlone Press.

BERGMAN, M. 1991. "Dissent in the judicial process: discord in service of harmony." *Denver University Law Review* 68: 81.

BERNIER, IVAN, y LAJOIE, ANDREE. 1986. *Supreme Court of Canada As an Instrument of Political Change (Collected Research Studies, 47)*: Univ of Toronto Pr.

BEST, BRADLEY J. 2002. *Law clerks, support personnel, and the decline of consensual norms on the United States Supreme Court, 1935-1995*. Vol. American legal institutions. New York: LFB Scholarly Pub.

BEVERIDGE, A. 1919. *The life of John Marshall*. Boston: Houghton Mifflin.

BICKEL, ALEXANDER. 1986. *The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics*: Yale University Press.

BLACK, HUGO LAFAYETTE. 1959. *We dissent : Supreme Court Justice Hugo Black's ringing declaration of his faith in freedom*. Chicago, Ill: Chicago Committee to Defend Democratic Rights.

BLACK, HUGO LAFAYETTE, y DOUGLAS, WILLIAM O. 1950. *Justices Black and Douglas dissent : opinions of the two Supreme Court justices in opposition to the Smith Act convictions*. New York: Committee for Reversal of the Smith Act.

BLACKSTONE, WILLIAM. 1979. *Commentaries on the laws of England*. Chicago: University of Chicago Press.

BLANCO VALDÉS, ROBERTO L. 1999. "La política y el derecho: veinte años de Justicia Constitucional y democracia en España (apuntes para un balance)." *Teoría y Realidad Constitucional* 4: 241-272.

BÖCKENFÖRDE, ERNST WOLFGANG. 1958. *Gesetz und gesetzgebende Gewalt : von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*. Vol. Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 1. Berlin: Dunker & Humblot.

- BONINI, FRANCESCO. 1996. *Storia della Corte costituzionale*. Vol. Biblioteca di testi e studi ; 34. Roma: NIS.
- BRADLEY, A. W., EWING, K. D., y WADE, E. C. S. 1997. *Constitutional and administrative law*. 12th ed. London ; New York: Longman.
- BRANCA, GIUSEPPE. [FROM OLD CATALOG]. 1970. *Collegialità nei giudizi della Corte costituzionale*. Padova: CEDAM.
- BRAZIER, RODNEY. 1994. *Constitutional practice*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.
- BRENNER, SAUL, y SPAETH, HAROLD J. 1995. *Stare indecisis : the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BRISBIN, RICHARD, A. 1998. *Justice Antonin Scalia and the Conservative Revival*. Johns Hopkins University Press.
- BRITTON, TAMARA L. 2004. *The United States Supreme Court*. Edina, Minn: ABDO Pub.
- BRONNER, ETHAN. 1989. *Battle for justice : how the Bork nomination shook America*. New York ; London: Norton.
- BUGLIOSI, VINCENT, IVINS, MOLLY, y SPENCE, GERRY. 2001. *The Betrayal of America: How the Supreme Court Undermined the Constitution and Chose Our President*. Thunder's Mouth Press.
- BURCH, PHILIP H. 1997. *Reagan, Bush and Right-Wing Politics: Elites, Think Tanks, Power and Policy : Supplement : The American Right-Wing, at Court and in Action: Supreme Court Nominations and Major Policy Making*. JAI Press.
- CADMAN, WILSON KENNEDY. 1951. *Distribution of nominations and appointments to the United States Supreme Court*. Wichita: Ks.
- CALABRESI, STEVEN G. 2005. "Out of order. (Clinton appointees to the US Supreme Court)." *Policy Review*. Hoover Institution Press.
- CALAMANDREI. 1965. "Processo e Democrazia." en *Opere Giuridiche*. Nápoles: Morano.
- CALDEIRA, GREGORY A. & CHRISTOPHER J.W. ZORN. 1998. *Of Time and Consensual*

Norms in the Supreme Court. Ann Arbor, Mich: Inter-University Consortium for Political and Social Research.

CALDEIRA, G. Y WRIGHT, JOHN R. 1998. "Lobbying for justice: organized interests, Supreme Court nominations, and the United States Senate." *American Journal of Political Science* 42, No.2: 499-523.

CÁMARA VILLAR, GREGORIO. 1993. *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español, 1981-1991.* Madrid: Ministerio de Justicia.

CANOSA USERA, RAÚL. 1988. *Interpretación constitucional y fórmula política.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

CAPPELLETTI, MAURO. 1980. "El "formidable problema" del control judicial y la contribución del análisis comparado." *Revista de Estudios Políticos* 13

———. 1981. "El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo." *Revista Española de Derecho Constitucional* num. 49 y ss.

———. 1983. "Who watches the watchmen? A comparative Study on Judicial Responsibility." *American Journal of Comparative Law* 31

———. 1984. *Giudici legislativi.* Vol. Studi di diritto comparato ; 24. Milano: A. Giuffrè.

———. 1986. "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la "Justicia constitucional"." *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 6, n.17: 9-45.

———. 1988. *Giudici irresponsabili? : studio comparativo sulla responsabilità dei giudici.* Vol. Studi di diritto comparato ; 30. Milano: A. Giuffrè.

CARETTI, P. Y CHELI, E. 1985. "L'influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale." en *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, ed. A. y Varano Pizzorusso, V. Milán: Giuffrè.

CARTER, STEPHEN L. 1994. "The Confirmation Mess: Cleaning up the Federal Appointments Process". New York. Basic Books.

- CASCAJO CASTRO, JOSÉ L. 1986. "La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española." *Revista Española de Derecho Constitucional* 17: 171-185.
- CASCÓN ABELLÁN, MARINA. 1993. "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción." *Revista Española de Derecho Constitucional* 41 63-87.
- CASTO, WILLIAM R. 1995. *The Supreme Court in the early republic : the chief justiceships of John Jay and Oliver Ellsworth*. Vol. Chief justiceships of the United States Supreme Court. Columbia, S.C: University of South Carolina Press.
- CEDIE, R., y LEONNET, J. 1966. "El consejo constitucional francés." *Revista de Estudios Políticos*.
- CHASE, SALMON P, y MILLIGAN, LAMBDIN P. 1867. *The dissenting opinion in the Milligan case*. [Washington, D.C: s.n.
- CHOPER, JESSE H. 1980. *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*: Univ of Chicago Pr (Tx).
- CLAYTON, CORNELL W., y GILLMAN, HOWARD. 1999. *Supreme Court Decision-Making : New Institutional Approaches*: University Of Chicago Press.
- . 1999. *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*: University Of Chicago Press.
- COHEN, DAVID B, y WELLS, JOHN WILSON. 2004. *American national security and civil liberties in an era of terrorism*. New York: Palgrave Macmillan.
- COLE, TAYLOR. 1959. "Three Constitutional Courts: A comparison." *The American Political Science Review* LIII 963 y ss.
- CONSTANT, BENJAMIN, y GAUCHET, MARCEL. 1980. *De la liberté chez les modernes : écrits politiques*. Paris: Le Livre de Poche.
- COOPER, PHILLIP J. 1995. *Battles on the bench : conflict inside the supreme court*. Lawrence: University Press of Kansas.
- COOPER, PHILLIP J, y BALL, HOWARD. 1996. *The United States Supreme Court : from the inside out*. Upper Saddle River, N.J: Prentice Hall.

- CORD, ROBERT L. 1971. *Protest, dissent, and the Supreme Court*. Cambridge, Mass: Winthrop Publishers.
- COUDERT, FREDERIC REN. 1936. *The new deal and the United States Supreme court*. Oxford: The Clarendon Press.
- CRISAFULLY, VEZIO. 1977. "Giustizia costituzionale e potere legislativo." en *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale* (vol. 4º). Milán: Giuffrè Editore.
- CRUZ VILLALÓN, PEDRO. 2001. "La tarea del Tribunal Constitucional." en *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú. Vol. II*, ed. Pedro de Vega y Raúl Morodo. Madrid-México: Universidad Complutense de Madrid. Servicio de publicaciones/Instituto de investigaciones jurídicas.
- . 2009. "El estado del Tribunal Constitucional." *Revista Claves de Razón Práctica*. N. 191.
- D'ORAZIO, G. 1966. *Aspetti dello status di giudice della Corte costituzionale*. Milán: Giuffrè.
- D'ORAZIO, GIUSTINO. 1996. *opposizione parlamentare e ricorso al giudice delle leggi: prolegomini ad una soluzione italiana*. Milano: Giuffrè.
- DAHL, ROBERT A. 1957. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker." *Journal of Public Law* 6 279-295.
- DAVIS, RICHARD. 2005. *Electing Justice: Fixing The Supreme Court Nomination Process*: Oxford University Press.
- DE VEGA, PEDRO. 1985. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- . 1985. "Significado constitucional de la representación política." *Revista de Estudios Políticos* 44.
- . 1985. "El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional." *Revista de Estudios Políticos* n. 43.
- DEAN, JOHN W. 2002. *The Rehnquist Choice: The Untold Story of the Nixon Appointment*

That Redefined the Supreme Court: Free Press.

DEBRAY, RÉGIS. 1991. *Cours de médiologie générale*. Vol. Bibliothèque des idées. [Paris]: Gallimard.

DEJOHN, HEATHER. 2002. *The Chief Justice of the Supreme Court*. Vol. America's leaders. San Diego, Calif: Blackbirch Press.

DEL CASTILLO, PILAR. 1987. "Notas para el estudio del comportamiento judicial. El caso del Tribunal Constitucional." *Revista Española de Derecho Constitucional* 20: 177-194.

DELGADO DEL RINCÓN, L. 2008. "La recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional (Comentario al ATC 26/2007 de 5 de febrero)." *Revista Española de Derecho Constitucional*: 347-393.

DEVINS, NEAL, y DOUGLAS, DAVISON M. 2004. *A Year at the Supreme Court (Constitutional Conflicts)*: Duke University Press.

DEWEY, JOHN, y CASTILLO, RAMÓN DEL. 2004. *La opinión pública y sus problemas*. Vol. Raíces de la memoria. Madrid: Ediciones Morata.

DÍAZ REVORIO, FRANCISCO J. 2000. "Tribunal Constitucional y derechos constitucionales "no escritos"." en *La justicia constitucional en el Estado Democrático*, ed. E. y Díaz Revorio Espín Templado, F. Valencia: Tirant Lo Blanch-Cortes de Castilla La Mancha.

DICEY, A. V. 2004. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 2004 ed. Holmes Beach, FL: Gaunt.

DUNHAM, MONTREW. 1998. *Thurgood Marshall : young justice*. New York: Aladdin Paperbacks.

DURR, ROBERT H., MARTIN, ANDREW D. Y WOLBRECHT, C. 2000. "Ideological divergence and public support for the supreme court." *American Journal of Political Science* 44, No.4: 768-776.

EICHBORN, JOHANN-FRIEDRICH VON. 1969. *Die Bestimmungen über die Wahl der Bundesverfassungsrichter als Verfassungsproblem*. Berlin,: Duncker & Humblot.

- EISENMANN, CHARLES. *La justice constitutionnelle et la haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*: Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986.
- ELIA, LEOPOLDO. 1982. "La Corte nel quadro dei poteri costituzionali." en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, ed. Enzo Cheli y Stefano Grassi Paolo Barile. Bologna: Il Mulino. 515 y ss.
- ELY, J. H. 1980. *Democracy and distrust*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- EPP, CHARLES R. 1998. *The Rights Revolution : Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*: University Of Chicago Press.
- EPSTEIN, LEE, y KNIGHT, JACK. 1997. *The Choices Justices Make*: CQ Press.
- ESPÍN, E. 1980. "Crisis de gobierno y confianza presidencial en la II República." *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*.
- ESTRADA MARÚN, J. A. 2010. "La participación de las Comunidades Autónomas en la designación de los magistrados constitucionales a cargo del Senado. Comentarios a las sentencias 49/2008 y 101/2008 del Tribunal Constitucional español." *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*: 321-342.
- . 2011. "El retraso en la designación parlamentaria de Magistrados constitucionales. Esbozo de una propuesta de solución" en *Estudios de Deusto*, vol. 59/2.
- EVANS, EVAN ALFRED. 1938. *The dissenting opinion--: Its use and abuse*,.
- FAIGMAN, DAVID L. 2004. *Laboratory of Justice : The Supreme Court's 200-Year Struggle to Integrate Science and the Law*: Times Books.
- FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. 2008. "La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)." en *Hacia una nueva jurisdicción constitucional, Estudios sobre la ley 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la LOTC*, ed. Marc Carrillo. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. 1983. *La jurisdicción constitucional en España*. Madrid: Universidad Autónoma.
- . 1990. "El procedimiento de elección de los magistrados constitucionales." *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* 77: 145-193.

- . 1996. «Artículo 159. La composición del Tribunal Constitucional», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo XII, dir. O. Alzaga Villamil, Edersa, Madrid.
- FERRERES COMELLA, VÍCTOR. 1997. *Justicia Constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FIGUERUELO BURRIEZO, ÁNGELA. 1988. "Opinión pública, principio de publicidad y garantías parlamentarias." *Revista de las Cortes Generales* 14: 7-37.
- . 1993. "La Incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo." *Revista de Estudios Políticos* 81 47-72.
- FISHKIN, JAMES S. 1995. *The voice of the people : public opinion and democracy*. New Haven, [Conn.]: Yale University Press.
- FISS, OWEN M, y WIECEK, WILLIAM M. 2005. *The birth of the modern Constitution : the United States Supreme Court, 1941-1953*. Vol. History of the Supreme Court of the United States ; v. 12. New York: Cambridge University Press.
- FLAX, JANE. 1998. *The American dream in black & white : the Clarence Thomas hearings*. Ithaca, N.Y. ; London: Cornell University Press.
- FLEMMING, ROY B. Y WOOD, DAN B. 1997. "The public and the Supreme Court: individual justice responsiveness to American Policy Moods." *American Journal of Political Science* 41, No.2: 468-498.
- FOSKETT, KEN. 2004. *Judging Thomas : The Life and Times of Clarence Thomas*: William Morrow.
- FOX, MARY VIRGINIA. 1983. *Justice Sandra Day O'Connor*. Hillside, N.J: Enslow Publishers.
- FRANCK, MATTHEW J. 1996. *Against the Imperial Judiciary: The Supreme Court vs. the Sovereignty of the People*: University Press of Kansas.
- FREEDMAN, SUZANNE. 1996. *Louis Brandeis: The People's Justice (Justices of the Supreme Court)*: Enslow Publishers.
- FRIEDMAN, LEON, y ISRAEL, FRED L. 1990. *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1995 : their lives and major opinions*. New York: Chelsea House

Publishers.

- GABRIELLI, ADOLFO R. 1986. *La Corte Suprema de Justicia y la opinión pública, 1976-1983*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- GANUZAS, EZQUIAGA. 1987. *La argumentación en la justicia constitucional española*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.
- . 1990. *El Voto Particular*. Madrid: Marcial Pons.
- . 1999. *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GARCÍA COTARELO, JUAN. 1988. "Los fundamentos socio-políticos de la jurisdicción constitucional." *Revista Jurídica de Castilla - La Mancha* 3-4: 871-921.
- GARCÍA COTARELO, RAMÓN. 1988. "El Tribunal Constitucional como instancia de legitimación del sistema político español." *revista jurídica de Castilla - La Mancha* 3-4 165-200.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. 1981. "La posición del TC en el sistema español: posibilidades y perspectivas." *Revista Española de Derecho Constitucional*.
- . 1982. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Madrid: Civitas.
- . 2003. *La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*. Madrid: INAP.
- GARCÍA MAHAMUT, ROSARIO, y LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO. 1996. *Las comisiones parlamentarias de investigación en el derecho constitucional español*, Monografía. Madrid [etc.]: McGraw-Hill.
- GARCÍA MARTÍNEZ, MARÍA ASUNCIÓN. 1988. "La actividad legislativa del Parlamento como mecanismo de control político." *Revista de las Cortes Generales* 14: 59-94.
- GARCÍA MORILLO, JOAQUÍN. 1997. "El Parlamento en la era global." *Cuadernos de Derecho Público* N. 1
- GARCÍA PELAYO, MANUEL. 1981. "El estatus del Tribunal Constitucional." *Revista*

- GARCÍA ROCA, JAVIER. 2006. "La experiencia de 25 años de jurisdicción constitucional en España." en *Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia.
- _____. 2012. "Selección de los magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones" *Revista General de Derecho Constitucional*. Iustel. N. 15.
- _____. 2011. "El intérprete supremo de la Constitución abierta y las funciones de los Estatutos: o la insoportable levedad del poder de reforma constitucional" en *Revista Catalana de Dret Públic*, no 43, pp. 87-120.
- _____. 2000. "Del principio de la división de poderes" en *Revista de Estudios Políticos*, no 108, 2000, pp. 41 y ss.
- GARDNER GEYH, CHARLES. 2006. *When Courts and Congress Collide: The Struggle for Control of America's Judicial System*: University of Michigan Press.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO. 2003. "La elaboración de las sentencias del Tribunal Constitucional." *Teoría y Realidad Constitucional* 10-11
- _____. 1998. "Los cambios de jurisprudencia del Tribunal Constitucional: el carácter subsidiario del recurso de amparo y el artículo 240 LOPJ." *Revista Española de Derecho Administrativo* 97 5-16.
- _____. 1985. F. GARRIDO FALLA, «Comentario al artículo 159», en *Comentarios a la Constitución*, F. Garrido Falla (dir.), Civitas, Madrid, 2a ed.
- GARRORENA MORALES, ÁNGEL. 1990. "Apuntes para una revisión crítica de la teoría de la representación." en *El Parlamento y sus transformaciones actuales*: Tecnos. 27-63.
- GATES, JOHN BOATNER. 1992. *The Supreme Court and partisan realignment : a macro-and microlevel perspective*. Vol. Transforming American politics. Boulder, Colo ; Oxford: Westview.
- GECK, WILHELM K. 1988. "Nombramiento y «status» de los magistrados del Tribunal

- Constitucional Federal de Alemania." *Revista Española de Derecho Constitucional*.
- GERHARDT, M. 2003. "The Federal Appointments Process". Duke University Press.
- GIBSON, JAMES L., CALDEIRA, GREGORY A. Y BAIRD, VANESSA A. 1998. "On the legitimacy of National High Courts." *American Political Science Review* 92, No.2: 343-358.
- GIL CREMADES, RAFAEL. 1998. "Orden constitucional y actividad de oficio del Tribunal Constitucional." *Revista Española de Derecho Constitucional* 53 75-114.
- GILLMAN, HOWARD, y CLAYTON, CORNELL W. 1999. *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Interpretations*: University Press of Kansas.
- GNEIST, RUDOLPH. 1879. *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*. Berlin: J. Springer.
- GNEIST, RUDOLF VON. 1894. *Die nationale Rechtsidee von den Ständen und das preussische Dreiklassenwahlssystem*. Berlin: Springer.
- GOEBEL, JULIUS. 1971. *History of the Supreme Court of the United States: Antecedents and Beginnings to 1801*: MacMillan.
- GOLDSTEIN, JOSEPH. 1992. *The intelligible Constitution : the Supreme Court's obligation to maintain the Constitution as something we the people can understand*. New York ; Oxford: Oxford University Press.
- GOLDSWORTHY, JEFFREY DENYS. 1999. *The sovereignty of Parliament : history and philosophy*. Oxford England: Oxford University Press.
- GONZÁLEZ RIVAS, J. 1988. "El Tribunal Constitucional y sus relaciones con los restantes poderes del Estado." *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 3-4 541-550.
- . 2001. *La Justicia constitucional: Derecho Comparado y español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, PEDRO. 2000. *El Tribunal Constitucional*. Elcano: Aranzadi.
- GRAYCAR, REGINA. 1991. *Dissenting Opinions: Feminist Explorations in Law and*

Society: Harry Ransom Humanities Research Center.

- GROSS, NORMAN. 2004. *America's lawyer-presidents : from law office to Oval Office*. Evanston, Ill Chicago, Ill: Northwestern University Press ABA Museum of Law.
- HÄBERLE, PETER. 1999. "Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Exposición y crítica." *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 2: 9-46.
- . 2001. *El estado constitucional*. México: UNAM.
- . 2002. *Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos.
- . 2004. "El tribunal constitucional como poder político." *Revista de Estudios Políticos*.
- HABERMAS, JÜRGEN. 1981. *Historia crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Barcelona: GG. Mass Media.
- HAMMOND, T., SHEEHAN, REGINALD S. Y BONNEAU, CHRIS W. 2005. *Strategic Behavior And Policy Choice On The U.S. Supreme Court*: Stanford University Press.
- HAND, L. 1958. *the Bill of Rights*.
- HANDMAN, CHRISTOPHER T. 2005. "The doctrine of political accountability and Supreme Court jurisdiction: applying a new external constraint to Congress's exceptions clause power." *Yale Law Journal*.
- HARRISON, MAUREEN, y GILBERT, STEVE. 1991. *Landmark decisions of the United States Supreme Court*. Vol. Landmark decisions series. Beverly Hills, Calif: Excellent Books.
- HART, H. L. A. 1982. *Essays on Bentham : studies in jurisprudence and political theory*. Oxfordshire, Oxford University Press.
- HASEN, RICHARD L. 2003. *The Supreme Court and election law : judging equality from Baker v. Carr to Bush v. Gore*. New York: New York University Press.
- HASSEMER, WINFRIED. 2001. "Control de constitucionalidad y proceso político." *Persona y Derecho* 45: 117-132.
- HATSCHEK, JULIUS. 1905. *Englisches Staatsrecht : mit Berücksichtigung der für*

- Schottland und Irland geltenden Sonderheiten.* Vol. Handbuch des Oeffentlichen Rechts der Gegenwart in Monographien ; Bd. 4, Halbbd. 2, Abt. 4, 1-2. Tübingen: J.C.B. Mohr (P. Siebeck).
- HELLER, HERMANN. 1926. *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart.* Breslau: F. Hirt.
- . 1992. *Teoría del Estado.* México: FCE.
- HERNÁNDEZ VALLE, RUBÉN. 1993. "El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional." *Revista Española de Derecho Constitucional* 37 143-155.
- HIBBING, JOHN R. Y THEISS-MORSE, ELIZABETH. 1998. "The Media's role in public negativity toward Congress: distinguishing emotional reactions and cognitive evaluations." *American Journal of Political Science* 42, No.2: 475-498.
- HOBSON, CHARLES F. 2000. *The Great Chief Justice: John Marshall and the Rule of Law (American Political Thought):* University Press of Kansas.
- HOEKSTRA, VALERIE J. 2003. *Public Reaction to Supreme Court Decisions:* Cambridge University Press.
- HOLDSWORTH, A. 1937. *A history of English Law.*
- HOLGADO GONZÁLEZ, M. 2006. «Partidos y representación política», en *Derecho Constitucional para el siglo XXI. VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, M. Carrasco Durán, F. J. Pérez Royo, J. Urías Martínez y M. Terol Becerra (coords.), Sevilla.
- HORN, HANS-RUDOLF. 2002. "Jueces versus diputados: sistemas americano y austríaco de la revisión judicial." *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 6: 221-244.
- HOWARD, ROBERT M Y SEGAL, JEFFREY A. 2004. "A preference for Deference? The Supreme Court and Judicial Review." *Political Research Quarterly* 57, N.1: 131-143.
- HURWITZ, M. & STEFKO, J. 2004. "Acclimation and attitudes: "Newcomer" Justices and Precedent Conformance on the Supreme Court." *Political Research Quarterly* 57, N.1: 121-129.
- HURWITZ, MARK S., y LANIER, DREW NOBLE. 2005. "I respectfully dissent: consensus,

- agendas, and policymaking on the U.S. supreme court, 1888-1999. ." *The Review of Policy Research*.
- HUSSAIN, IJAZ. 1984. *Dissenting and Separate Opinions at the World Court (Legal Aspects of International Organization, No 3)*: Brill Academic Publishers.
- HYRE, JAMES. 2004. "The United Kingdom's Declaration of Judicial Independence: Creating a Supreme Court to Secure Individual Rights Under the Human Rights Act of 1998." *Fordham Law Review*.
- IGARTÚA SALAVERÍA, JUAN. 1991. "La motivación de las sentencias." *Revista Vasca de Administración Pública* 31 143-160.
- IRONS, PETER. 1999. *A people's history of the Supreme Court*. New York: Penguin.
- ITALIA, BOB. 1994. *Ruth Bader Ginsburg*. Minneapolis, MN: Abdo & Daughters : Distributed by Rockbottom Books.
- JACKSON, PERCIVAL E. 1991. *Dissent in the Supreme Court: A chronology*: William S. Hein.
- JACKSON, ROBERT H. 1955. *The Supreme Court in the American system of government*. Vol. Godkin lectures at Harvard University ; 1955. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- JACOB, JOE. 1986. "El procedimiento legislativo en el Parlamento británico." *Revista Española de Derecho Constitucional* n. 16.
- JAFFE, LOUIS LEVENTHAL. 1969. *English and American judges as lawmakers*. Oxford: Clarendon Press.
- JELLINEK, GEORG. 1919. *Gesetz und verordnung. Staatsrechliche untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender grundlage*. Tübingen: J.C.B. Mohr (P. Siebeck).
- JESSUP, DWIGHT WILEY. 1987. *Reaction and accommodation : the United States Supreme Court and political conflict, 1809-1835*. Vol. American legal and constitutional history. New York: Garland.
- JIMENA CASADA, LUIS. 1999. "¿Sentencias constitucionales inconstitucionales?¿Una

- fractura en el sistema de fuentes?". *Revista General de Derecho* 55: 652-653.
- JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL. 2000. *El constitucionalismo: separación de poderes, control de constitucionalidad de las leyes y derechos fundamentales en el proceso de formación del concepto de "constitución"*. Oñati.
- JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER. 2000. "Política de la constitucionalidad (una reflexión ante los nuevos modos de impugnar la ley)." *Revista Española de Derecho Constitucional* 59 11-28.
- JOHNSON, TIMOTHY R., MARTIN, ANDREW D. 1998. "The public's conditional response to supreme court decisions." *American Political Science Review* 92, No. 2: 299-308.
- JR, DONALD GRIER STEPHENSON. 1999. *Campaigns and the Court*: Columbia University Press.
- KATZMANN, ROBERT A. 1997. *Courts and Congress*: Brookings Institution Press.
- KEAN, THOMAS H., HAMILTON, LEE, y RHODES, BENJAMIN. 2007. *Without precedent: the inside story of the 9/11 Commission*. 1st Vintage Books ed. New York: Vintage Books.
- KECK, THOMAS M. 2004. *The Most Activist Supreme Court in History: The Road to Modern Judicial Conservatism*: University Of Chicago Press.
- KRAMER, LARRY D. 2001. "The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court." *Harvard Law Review* 115.
- . 2004. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press.
- . 2005. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*: Oxford University Press, USA.
- KRIELE, MARTIN. 1975. *Einführung in die Staatslehre : die geschichtl. Legitimitätsgrundlagen d. demokrat. Verfassungsstaates*. Reinbek (bei Hamburg): Rowohlt.
- KRÖGER, KLAUS. 1976. "Richterwahl." en *FG-BVerfG*. Vol. I. Tubinga.

- LABAND, PAUL. 1901. *Das staatsrecht des Deutschen reiches*. Tübingen und Leipzig: Mohr.
- LANDA, CÉSAR. 2000. "Justicia Constitucional y Political Questions." *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 4: 173-203.
- . 2004. "La elección del juez constitucional." *Revista Latinoamericana de Derecho*.
- LANDFRIED, C. 1984. *Bunderverfassungsgericht und Gesetzgeber*. Baden-Baden: Nomos.
- LANIER, DREW NOBLE. 2003. *Of time and judicial behavior : United States Supreme Court agenda-setting and decision-making, 1888-1997*. Selinsgrove [Pa.] London: Susquehanna University Press Associated University Presses.
- LASSER, MITCHEL DE S.-O.-L'E. 2004. *Judicial deliberations : a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*. Vol. Oxford studies in European law. Oxford: Oxford University Press.
- LASSER, WILLIAM. 1988. *The limits of judicial power: the Supreme Court in American politics*. a ed: Univ. of North Carolina Press.
- LAURENZANO, ETTORE. 1983. *Corte costituzionale e Parlamento*. Roma: Bulzoni.
- LAZARUS, EDWARD. 1998. *Closed chambers : the first eyewitness account of the epic struggles inside the Supreme Court*. New York: Times Books.
- . 1999. *Closed Chambers: The Rise, Fall, and Future of the Modern Supreme Court*. Penguin Books.
- LEFBERG, IRVING FREDERICK. 1978. *Analyzing judicial change: The uses of "systematic biography" in anticipating the Court and shaping its future policies (Massachusetts Institute of Technology of Political Science. Thesis. 1978. Ph. D)*.
- LEIBHOLZ, G. 1958. "Strukturewandel del modernen Demokratie." en *Strukturprobleme der Demokratie*. Kalsruhe.
- LEVENDOGLU, E. 1993. *The nomination of Chief Justice Earl Warren*. 61 leaves: ill.
- LEVIN-EPSTEIN, EVE. 1977. *The rhetoric of the Supreme Court: A dramatistic analysis of first amendment dissenting opinions*.

- LEWIS, ANTHONY, y KOZLOWSKI, MARK. 2003. *The Myth of the Imperial Judiciary: Why the Right Is Wrong About the Courts*: New York University Press.
- LIMBACH, JUTTA. "Papel y poder del Tribunal Constitucional." *Teoría y Realidad Constitucional* 4 93-126.
- LIPSCOMB, A. & BERGH, A. 1903. *The writings of Thomas Jefferson*.
- LITTLEFIELD, SOPHIE W, y WIECEK, WILLIAM M. 2005. *Oliver Wendell Holmes Jr. : the Supreme Court and American legal thought*. Vol. The library of American lives and times. New York: PowerPlus Books.
- LOEWENSTEIN, KARL. 1964. *La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: comentario en todo al caso Baker V. Carr*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- LOMBARDI, G. 1963. "Pubblicità e segretezza nelle deliberazioni della Corte Costituzionale." *Riv. Tr. Dir. e Pr. Civ.* fasc. 3º 1963: 1149.
- LÓPEZ GUERRA, LUIS. 1981. "El Tribunal Constitucional y el principio stare decisis." en *El Tribunal Constitucional. Vol. II*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. 1433-1455.
- . 1988. "Modelos de legitimación parlamentaria y legitimación democrática del Gobierno: su aplicación a la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23, 1988, p. 80.
- . 1996. "Democracia y división del poder." en *La democracia post-liberal*, ed. J. Félix Tezanos. Madrid: Sistema. 238-255.
- . 1996. "El control parlamentario como instrumento de las minorías." *Anuario de Derecho Constitucional y parlamentario* n. 8: 81-104.
- . 1997. "La legitimidad democrática del juez." en *En defensa de la libertad. Homenaje a Víctor Mendoza*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
- . 2000. "Tribunal Constitucional y creación judicial del Derecho." en *La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*, ed. Espín Templado, E y Díaz Revorio, F. Valencia: Tirant Lo Blanch-Cortes de Castilla La Mancha.
- LÓPEZ PINA, ANTONIO, eds. 1987. *División de poderes e interpretación: Hacia una teoría*

- de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos.
- LÓPEZ ULLA, JUAN M. 1999. *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*. Madrid: Tecnos.
- LOZANO MIRALLES, J y SACCOMANNO, A. 2000. *El Tribunal Constitucional. Composición y principios jurídico-organizativos (el aspecto funcional)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LOUTHAN, WILLIAM C. 1991. *The United States Supreme Court : lawmaking in the third branch of government*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.
- LUATTI, LORENZO. 1995. *Profili costituzionali del voto particolare: l'esperienza del Tribunale Costituzionale spagnolo*. Milano: Giuffrè.
- LUCAS VERDÚ, PABLO. 1982. "El derecho constitucional como derecho administrativo. La "ideología" constitucional del Prof. García de Enterría." *Revista de Derecho Público* n. 13
- . 1996. "Artículo 1." en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, ed. Óscar Alzaga. Madrid: Edersa.
- MACMILLAN, C. MICHAEL, y TATALOVICH, RAYMOND. 2005. "Judicial activism vs. restraint: the role of the highest courts in official language policy in Canada and the United States.". *American Review of Canadian Studies*.
- MAITLAND, FREDERIC WILLIAM. 2006. *The constitutional history of England : a course of lectures delivered*. Buffalo, N.Y: W.S. Hein.
- MALLESON, KATE. 2006. "The New Judicial Appointments Commission in England and Wales: New Wine in New Bottles?" en *Appointing Judges In An Age Of Judicial Power: Critical Perspectives From Around The World*, eds. Kate Malleson and Peter Russell. Toronto: University of Toronto Press.
- MALTESE, JOHN ANTHONY. 1995. *The Selling of Supreme Court Nominees (Interpreting American Politics)*: Johns Hopkins University Press.
- MALTZ, EARL M. 2000. *The chief justiceship of Warren Burger, 1969-1986*. Vol. Chief

- justiceships of the United States Supreme Court. Columbia, S. C: University of South Carolina Press.
- MALTZMAN, FORREST, II, JAMES F. SPRIGGS, y WAHLBECK, PAUL J. 2000. *Crafting Law on the Supreme Court : The Collegial Game*: Cambridge University Press.
- MARÍN GÁMEZ, JOSE ÁNGEL. 1998. *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Ariel.
- MARSHALL, GEOFFREY. 1971. *Constitutional theory*, Clarendon law series. Oxford,: Clarendon Press.
- MARSHALL, THOMAS R. 1989. *Public opinion and the Supreme Court*. Unwin Hyman: Boston : London.
- MARTÂNEZ, HAGUE, CARLOS. [FROM OLD CATALOG]. 1942. *La organización y funciones de la Corte suprema federal de los Estados Unidos*. Lima: Compañía de impresiones y publicidad.
- MARTÍN CUBAS, JOAQUÍN. 1996. *La democracia y el Tribunal Constitucional*. Valencia: Generalitat Valenciana, Alfons El Magnánim.
- MARTÍN DE LA VEGA, AUGUSTO. 2003. *La sentencia constitucional en Italia: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana, medio siglo de debate doctrinal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN, ÁNGEL. 1979. "La actuación del magistrado ponente disidente del criterio de la mayoría en cuanto a la redacción de la sentencia." *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*.
- MARTÍNEZ CORRAL, J. A. 2008. "La tutela judicial de la legalidad y de los derechos fundamentales en la elección parlamentaria de cargos públicos." *Anuario de Derecho Parlamentario. Cortes Valencianas*.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, MANUEL. 1981. "El Tribunal Constitucional como órgano político." en *El Tribunal Constitucional. Vol. II*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1785-1822.
- . 1997. "Constitución y justicia constitucional. Sobre las relaciones entre el concepto

de constitución y el sistema de justicia constitucional." *Revista General de Derecho*: 8711-8732.

MASSIE, TAJUANA D., HANSFORD, THOMAS G Y SONGER, DONALD R. 2004. "The timing of Presidential Nominations to the Lower Federal Courts." *Political Research Quarterly* 57, N.1: 145-154.

MAYER, OTTO. 1949. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Editorial Depalma.

MCCORMICK, PETER. 2005. ""With respect ..." - levels of disagreement on the Lamer Court 1990-2000. ." *McGill Law Journal*.

MCELROY, LISA. 2003. *Sandra Day O'Connor : Supreme Court Justice*: Millbrook Press.

MCILWAIN, CHARLES HOWARD. 2004. *The High Court of Parliament and its supremacy : an historical essay on the boundaries between legislation and adjudication in England*. Clark, NJ: Lawbook Exchange.

MCKENNA, MARIAN C. 2002. *Franklin Roosevelt and the great constitutional war : the court-packing crisis of 1937*. New York: Fordham University Press.

MEERNIK, JAMES Y IGNAGNI, JOSEPH. 1997. "Judicial review and coordinate construction of the Constitution." *American Journal of Political Science* 41, No. 2: 447-467.

MELLO, MICHAEL. 1996. *Against the Death Penalty: The Relentless Dissents of Justices Brennan and Marshall*: Northeastern Univ Pr.

MEYER, GEORG, y ANSCHÜTZ, GERHARD. 1914. *Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes*. München: Duncker & Humblot.

MINC, ALAIN. 1995. *L'ivresse démocratique*. Paris: Gallimard.

MOHL, ROBERT VON. 1840. *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*. Tübingen: H. Laupp.

MOLAS, ISIDRE. 1989. "La oposición en el parlamentarismo mayoritario." *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 2: 47-63.

MONTERO, JOSÉ RAMÓN. 1989. "Parlamento y opinión pública: las percepciones y los

- niveles de apoyo de las Cortes Generales." *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 2: 65-97.
- MONTILLA, MARTOS, JOSÉ ANTONIO. 1999. "La crítica a la protección de las minorías en Alemania." *Revista de Estudios Políticos* 106: 111-136.
- . 2000. "La solución política a las controversias competenciales. A propósito de la L. O. 1/2000 de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional." *Anuario de Derecho Constitucional y parlamentario* 12-13: 113-136.
- . 2001. "Aproximación al significado para la democracia pluralista de la legitimación subjetiva de la minoría parlamentaria en el recurso de inconstitucionalidad." en *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú. Vol. II.*, ed. Morodo, R. y De Vega, P. Madrid-México: Universidad Complutense de Madrid. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho - Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- . 2002. *Minoría política y Tribunal Constitucional*. Vol. Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Madrid: Trotta.
- . 2004. "La protección de las minorías permanentes a través del amparo constitucional." en *Derecho Constitucional y Cultura. Homenaje a Peter Häberle*. Madrid: Tecnos. 641-658.
- MORASKI, BYRON & SHIPAN, CHARLES. 1999. "The politics of Supreme Court nominations: a theory of institutional constraints and choices, 1953-1988." *American Journal of Political Science* 43 1069-1095.
- MORTATI, C. 1972. "Le opinioni dissenzienti dei giudizi costituzionali ed internazionali." en *Raccolta di Scritti (vol. III)*. Milán: Giuffrè.
- MORTON, F. L. 1992. *Law, politics and the judicial process in Canada*. Calgary: University of Calgary Press.
- MUNCH, INGO VON. 2002. "¿El Tribunal Constitucional Federal como actor político?". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 6: 567-581.
- MUÑOZ, ALONSO, ALEJANDRO. 1990. *Opinión pública y comunicación política*. Vol. Eudema universidad. Manuales. Madrid: Eudema.

- MURGIA, COSTANTINO. 1990. *La giustizia politica in Italia e in Francia*. Milano: Giuffrè.
- MURPHY, BRUCE ALLEN. 2003. *Wild Bill : The Legend and Life of William O. Douglas*: Random House.
- NADELMANN, K. H. 1959. "The judicial dissent publication v. secrecy." *American Journal of Comparative Law* 415
- NAFF, KATHERINE C. 2005. "From Bakke to Grutter and Gratz: the Supreme Court as a policymaking institution. ." *The Review of Policy Research*.
- NEUMANN, FRANZ. 1986. *The rule of law : political theory and the legal system in modern society*. Leamington Spa [UK] ; Dover, N.H: Berg.
- NEWMAN, ROGER K. 1994. *Hugo Black: A Biography*: Pantheon.
- NICOTRA GUERRERA, I. 1996. "Spunti in tema di elezione e nomina dei Giudici costituzionali." en *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, ed. P. Costanzo: Giappichelli.
- OCCHIOCUPO, NICOLA, ed. 1984. *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: Bilancio di vent'anni di attività*. Padova: CEDAM.
- OLIVA, ANDRES DE LA. 1994. "El Consejo General del Poder Judicial en España" en *Justicia y Sociedad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- OTTO, IGNACIO DE. 1988. "La posición constitucional del Gobierno." *Documentación administrativa*.
- OTTO Y PARDO, IGNACIO DE. 1981. "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional." en *El Tribunal Constitucional. Vol. III*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. 1935-1951.
- PANIZZA, SAULLE. 1997. *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*. Vol. Quaderni del Dipartimento di diritto pubblico, Università di Pisa ; 7. Torino: G. Giappichelli.
- . 1998. *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*. Vol. Quaderni del Dipartimento di diritto pubblico, Università di Pisa ; 8. Torino: G. Giappichelli.

- . 1998. *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*. Vol. Quaderni del Dipartimento di diritto pubblico, Università di Pisa ; 8. Torino: G. Giappichelli.
- PÁRAMO ARGÜELLES, JUAN R. 1988. "Razonamiento jurídico e interpretación constitucional." *Revista Española de Derecho Constitucional* 22 91-119.
- PAU, VALL, FRANCESC. 1995. *Parlamento y opinión pública*. Vol. Colección Estado y sociedad. Madrid Barcelona: Tecnos Asociación Española de Letrados de Parlamentos.
- PECES BARBA, GREGORIO. 1981. *La Constitución Española de 1978. Un estudio de derecho y política*. Valencia: Fernando Torres.
- PEGORARO, LUCIO. 1987. *La Corte e il Parlamento : sentenze-indirizzo e attività legislativa*. Vol. Pubblicazioni della Facoltà di scienze politiche dell'Università di Padova ; 9. Padova: CEDAM.
- . 1999. "Tribunales Constitucionales y revisión de la Constitución." *Revista de las Cortes Generales* 47: 7-26.
- . 2002. "La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional." *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 6: 393-416.
- . 2004. *La justicia constitucional: una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO. 1984. "La interpretación de la Constitución." *Revista de las Cortes Generales, n.1 (1984)*.
- PÉREZ, ROYO, JAVIER. 1988. *Tribunal Constitucional y división de poderes*. Vol. Temas clave de la constitución española. Madrid: Tecnos.
- . 1984. *Las Fuentes del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- . 1988. *Tribunal Constitucional y división de poderes*. Madrid: Tecnos.
- PÉREZ ROYO, JAVIER, y CARRASCO DURÁN, MANUEL. 2005. *Curso de derecho constitucional*. 10 ed, Manuales universitarios. Madrid: Marcial Pons.
- PÉREZ SÁNCHEZ, MARÍA CRISTINA. 2006. "Crisis del principio de generalidad y del formalismo jurídico: J. J. Rousseau, I. Kant y la perspectiva teórica del

institucionalismo jurídico en Maurice Hauriou."

PÉREZ TREMP, PABLO. 1992. "¿Reforma del Título IX de la Constitución? El Tribunal Constitucional. Organización y funcionamiento." *Revista de Derecho Político* 37: 277-287.

———. 2006. "Las perspectivas del sistema de justicia constitucional en España." en *Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia.

PERRY, BARBARA A. 1991. *A representative Supreme Court? : the impact of race, religion, and gender on appointments*. Vol. Contributions in legal studies, no. 66. New York: Greenwood Press.

PERRY, H. W. 1991. *Deciding to decide : agenda setting in the United States Supreme Court*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.

PIFFNER, JAMES P. 2005. "The Selling of Supreme Court Nominees." *Presidential Studies Quarterly*.

PINARDI, R. 2004. "Prime osservazione sul problema dei ritardi parlamentari nel' elezioni dei giudici della Corte Costituzionale" en ANZON, A. y otros (ed.) *La composizione della Corte Costituzionale. Situazione italiana ed esperienze stranieri*, Giappichelli, Turín, p. 233 y ss.

PINO, MATUTE, ELOÍSA DEL. 2004. *Los ciudadanos y el Estado : las actitudes de los españoles hacia las administraciones y las políticas públicas*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

PIPERNO, CLELIA. 1991. *La Corte Costituzionale e il limite di political question*. Milano: Giuffrè.

PIZZORUSSO, ALESSANDRO. 1983. "La Corte Costituzionale." en *Commentario della Costituzione. Garanzie Costituzionale*, ed. G. Branca. Bologna: Il Foro Italiano.

POLLOCK, FREDERICK. 1970. *A first book of jurisprudence for students of the common law*. New York: B. Franklin.

POST, ROBERT. 2001. *The Supreme Court opinion as institutional practice : dissent, legal scholarship, and decisionmaking in the Taft court*. [Berkeley, Calif.]: Institute of

Governmental Studies, University of California, Berkeley.

- PRENNER, MANUEL. 1933. *Concurrence and dissent; some recent Supreme Court cases*. New York, Chicago: Charles E. Merrill Co.
- PRITCHETT, C. HERMAN. 1961. *Congress versus the Supreme Court, 1957-1960*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- QUINTELA GONZÁLVEZ, M^a TERESA. 1998. "Pluralismo y participación institucional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional." *Revista Jurídica de Castilla - La Mancha* 3-4 579-592.
- QUIRK, WILLIAM J., y BRIDWELL, R. RANDALL. 1995. *Judicial Dictatorship*: Transaction Pub.
- RALLO LOMBARTE, A. 1995. «Poderes neutrales exentos de control gubernamental: Reflexiones constitucionales», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 36.
- REQUEJO, PALOMA. 2000. *Democracia parlamentaria y principio minoritario: la protección constitucional de las minorías parlamentarias*. Barcelona: Ariel.
- RICKERD, CHRISTOPHER ROBERT JOHN. 1997. *Supremacy and its discontents : judicial dialogue between the European Court of Justice and the national supreme courts of Germany, Italy, France, and the United Kingdom*. 125 leaves.
- RING, KEVIN A. 2004. *Scalia Dissents : Writings of the Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken Justice*: Regnery Publishing, Inc.
- RIVERO, JEAN. 1984. *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Collection Droit public positif. Paris: Presses universitaires d'Aix-Marseille.
- ROBERTSON, PAT. 2004. *Courting Disaster: How the Supreme Court is Usurping the Power of Congress and the People*: Integrity Publishers.
- RODELL, FRED. 1988. *Nine Men a Political History of the Supreme Court from 1790 to 1955*: Fred B Rothman & Co.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M. 2007. "La protección jurídica de la posición institucional del Tribunal Constitucional" en *El futuro de la jurisdicción constitucional*, Actas de las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, CEPC, Madrid.

- RODRÍGUEZ-ZAPATA, JORGE. 1980. "La corte constitucional italiana: ¿modelo o advertencia?". *Revista del Departamento de Derecho Político (UNED)*.
- ROLLA, GIANCARLO. 1986. *Indirizzo politico e tribunale costituzionale in Spagna*. Napoli: Jovene.
- . 1988. "Consolidación y desarrollo de la justicia constitucional en Europa: El surgimiento de algunas líneas de tendencia comunes." en *Consolidación y desarrollo de la justicia constitucional en Europa*. Palma de Mallorca: Universitat de les Illes Balears.
- ROLLNER LIERN, G. 2001. "El conflicto entre los deberes parlamentarios y la libertad ideológica ante el Tribunal Constitucional." *Anuario de Derecho Parlamentario. Cortes Valencianas*.
- ROMANO, SANTI, y ZANOBINI, GUIDO. 1990. "Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato." en *Scritti minori . Vol.I, Diritto costituzionale*, rist. dell'ed. del 1950. ed. Milano: Giuffrè. XXXVII, 489 p.
- ROSS, WILLIAM G. 1994. *A muted fury : populists, progressives, and labor unions confront the courts, 1890-1937*. Princeton, N.J: Princeton University Press.
- ROSSANO, CLAUDIO. 1972. *Partiti e parlamento nello Stato contemporaneo*. Napoli: E. Jovene.
- ROSSI, E., y VUOTO, S. 1997,. "I giudici della Corte costituzionale di nomina delle supreme magistrature." en *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, eds. P. Ciarlo, G. Pitruzzella and R. Tarchi. Turin.
- ROUNTREE, CLARKE. 2004. *Brown v. Board of Education at fifty : a rhetorical perspective*. Lanham, Md. ; Oxford: Lexington Books.
- ROURA GÓMEZ, SANTIAGO A. 1998. *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española: rigidez y control de constitucionalidad en el constitucionalismo histórico español*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. 1966. *La Corte Constitucional Italiana*. Vol. Cuadernos del Instituto de Estudios Políticos ; 8. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho.

- _____.1982. "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional." *Revista Española de Derecho Constitucional*. n. 4 (1982) 4
- _____.1982. "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional." *Revista de Derecho Político*.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO Y ARAGÓN REYES, M. 1981. «La Jurisdicción constitucional», en *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, E. García De Enterría y A. Pedrieri (dirs.), Civitas, Madrid.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO Y JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER. 1998. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill.
- RUGGERI, ANTONIO. 1994. *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale : atti del Seminario di Messina, 7-8 maggio 1993*. Vol. Studi di giustizia costituzionale. Torino: G.Giappichelli.
- RUGGERI, ANTONIO, y SILVESTRI, GAETANO. 2000. *Corte costituzionale e parlamento : profili problematici e ricostruttivi*. Vol. Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di Messina ; n. 202. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- RUIZ LAPEÑA, MANUEL. 1982. *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República Española*. Barcelona: Bosch.
- RUIZ MIGUEL, ALFONSO. 2004. "Los derechos de participación política." en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Madrid: Ministerio de la Presidencia y Centro de Estudios Políticos.
- RUIZ ROBLEDO, A. 2004. «Los órganos de extracción parlamentaria», en *El Parlamento de Andalucía. Órganos de extracción parlamentaria. Órganos consultivos o de participación de designación parlamentaria*, Jornadas de estudio organizadas por el Parlamento de Andalucía. XX aniversario del Estatuto, Comares, Granada, pp. 84 y 85.
- SACCOMANNO, ALBINO. 1997. *La Corte costituzionale fra organizzazione e procedimento*. Rimini: Maggioli.
- SAITTA, ANTONIO. 1996. *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*. Vol. Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di

Messina ; n. 185. Milano: Giuffr.

SALAS HERNÁNDEZ, JAVIER. 1992. *El Tribunal Constitucional y la forma de gobierno*: El autor.

SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. 2009. "La participación de las Comunidades Autónomas en la elección por el Senado de los Magistrados constitucionales." *Teoría y realidad constitucional (UNED)*: 387-424.

SÁNCHEZ DE VEGA GARCÍA, AGUSTÍN. 1987. *El status del Tribunal Constitucional español: su participación en la dirección política del Estado*. Salamanca: Universidad de Salamanca.

SANTAOLALLA LÓPEZ, FERNANDO, PAUNER CHULVI, CRISTINA, PAJARES MONTOLÍO, EMILIO. 2010. *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*, Foro Democracia y Representación. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F. 2009. «El voto de calidad del Presidente del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, pp. 201 a 211.

———. 1984. *Derecho Parlamentario Español*, Editora Nacional, Madrid.

SANZ PÉREZ, A. L. 2004. «La función de control parlamentario en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 6.

SCALIA, ANTHONIN. 1995. "Remarks on dissenting opinions." en *L'opinione dissenziente : atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993 : con un'antologia di opinioni dissenzienti di giudici costituzionali e internazionali*. Milano: A. Giuffré. vi, 466 p.

SCHNEIDER, HANS-PETER. 1983. "Jurisdicción constitucional y separación de poderes." *Revista Española de Derecho Constitucional* 5 35-61.

SCHRAM. 1973. "The Recruitment of Judges for the West German Federal Courts." *American Journal of Comparative Law* 21.

SCHWARTZ, BERNARD. 1993. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press.

- . 1996. *Decision : how the Supreme Court decides cases*. New York: Oxford University Press.
- SEGAL, JEFFREY A., y SPAETH, HAROLD J. 1993. *The Supreme Court and the Attitudinal Model*: Cambridge University Press.
- SERRA CRISTÓBAL, ROSARIO. 1999. *La guerra de las Cortes: la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*. Madrid: Tecnos.
- . 2011. *La selección de jueces en Estados Unidos*. Civitas.
- SEVILLA ANDRÉS, DIEGO. 1981. "El control constitucional en una sociedad pluralista." en *El Tribunal Constitucional. Vol. III*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. 2539-2548.
- SHAPIRO, MARTIN M. 1966. *Freedom of speech; the Supreme Court and judicial review*. Englewood Cliffs, N.J: Prentice-Hall.
- SHELDON, CHARLES H. 1988. *A Century of Judging: A Political History of the Washington Supreme Court*: University of Washington Press.
- SIDGWICK, HENRY. 2005. *The elements of politics*. New York: Cosimo Classics.
- SILVERSTEIN, MARK. 1984. *Constitutional Faiths: Felix Frankfurter, Hugo Black, and the process of judicial decision making*: Cornell University.
- . 1994. *Judicious Choices: The New Politics of Supreme Court Confirmations*: W W Norton & Co Inc.
- SKOLD, MICHAEL. 2006. "The Reform Act's Supreme Court: a missed opportunity for judicial review in the United Kingdom?". *Connecticut Law Review* 39.
- SLOTNICK, ELLIOT E. 2005. "In Pursuit of Justices: Presidential Politics and the Selection of Supreme Court Nominees.(Review) (book review)." *Presidential Studies Quarterly*.
- SLOTNICK, ELLIOT E, y SEGAL, JENNIFER A. 1998. *Television news and the Supreme Court : all the news that's fit to air*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SMITH, CHRISTOPHER E. 1993. *Critical Judicial Nominations and Political Change: The Impact of Clarence Thomas*: Praeger Publishers.

- SOLÉ TURA, JORDI. 1978. "La Constitución de 1978 desde el punto de vista comunista." *Documentación Administrativa* 180 45 y ss.
- SOLÉ TURA, J., RUBIO LLORENTE, F. Y FERNÁNDEZ-CARVAJAL R. 1990. "El futuro de la institución parlamentaria. Intervenciones en la Mesa redonda sobre el tema." en *El Parlamento actual y sus transformaciones actuales.*: Tecnos. 377-194.
- SORIANO, RAMÓN. 2004. "Las minorías y la Constitución Española." en *Constitución y Derechos Fundamentales*. Madrid: Ministerio de la Presidencia y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SPAETH, HAROLD J., y SEGAL, JEFFREY A. 1999. *Majority Rule or Minority Will : Adherence to Precedent on the U.S. Supreme Court*: Cambridge University Press.
- SPEER, HUGH W. 1968. *The case of the century; a historical and social perspective on Brown v. Board of Education of Topeka, with present and future implications*. [Kansas City]: University of Missouri--Kansas City.
- SPRAGUE, JOHN D. 1968. *Voting patterns of the United States Supreme Court; cases in federalism, 1889-1959*. Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- STACK, KEVIN M. 2005. "The practice of dissent in the Supreme Court." *Yale Law Journal* April.
- STEARNS, MAXWELL L. 2002. *Constitutional Process : A Social Choice Analysis of Supreme Court Decision Making*: University of Michigan Press.
- STEIN, LORENZ VON. 1959. *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*. Hildesheim: Georg Olms.
- STEPHENSON, D. GRIER. 1991. *An Essential safeguard : essays on the United States Supreme Court and its justices*. Vol. Contributions in legal studies, no. 63. New York: Greenwood Press.
- . 1999. *Campaigns and the court : the U.S. Supreme Court in presidential elections*. Vol. Power, conflict, and democracy. New York: Columbia University Press.
- STEVENS, ROBERT. 2002. *The English judges : their role in the changing constitution*. Oxford ; Portland, Or.: Hart Pub.

- STRUM, PHILIPPA. 1974. *The Supreme Court and "political questions": A study in judicial evasion*. University of Alabama Press.
- STUART MILL, JOHN. 1985. *Del gobierno representativo*. Madrid: Tecnos.
- STÜNE, K. 1997. *Die opposition im Bundestag and das Bundesverfassungsfericht*. Baden-Baden: Nomos.
- SUNSTEIN, CASS R. 2004. *The second bill of rights : FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*. New York: Basic Books.
- SUNSTEIN, CASS R., y EPSTEIN, RICHARD A. 2001. *The Vote : Bush, Gore, and the Supreme Court*. University Of Chicago Press.
- SWIFT, MORRISON I. 1911. *The American House of Lords : Supreme Court usurpation*. Boston: Supreme Court Reform League.
- TORRES MURO, I. 2008. «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del Reglamento del Senado, puesta a prueba (SSTC 49/2008, de 9 de abril y 101/2008, de 24 de julio)», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 6.
- TRONCOSO REIGADA, ANTONIO. 2000. "Método jurídico, interpretación constitucional y principio democrático." en *La justicia constitucional en el estado democrático*, ed. E. y Díaz Revorio Espín Templado, F. Valencia: Tirant Lo Blanch. 399-453.
- TUSHNET, MARK. 1988. *Red, white, and blue : a critical analysis of constitutional law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- _____.1996. *The Warren Court in Historical and Political Perspective (Constitutionalism and Democracy)*: University Press of Virginia.
- _____. 2005. *A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*: W. W. Norton & Company.
- ULMER, S. SIDNEY. 1982. *Exploring the dissent patterns of eleven chief justices John Marshall to Warren Burger*. [S.l: s.n.
- URÍAS MARTÍNEZ, JOAQUÍN PABLO. 1996. *La cuestión interna de inconstitucionalidad*. Madrid: McGraw-Hill.

- UROFSKY, MELVIN I. 2005. *The Public Debate Over Controversial Supreme Court Cases*: CQ Press.
- VEGA GARCÍA, PEDRO DE. 1979. "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución." *Revista de Estudios Políticos* 7: 93-118.
- . 1984. "De la constitución y su defensa: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español." en *La constitución y su defensa*. México: UNAM. 203 y ss.
- VVAA. 2001. "Modelos de renovación parcial de tribunales constitucionales" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, no 21, p. 209 y ss. [trabajo comparado elaborado por el servicio de estudios, biblioteca y documentación del Tribunal Constitucional español]
- VIEIRA, NORMAN, y GROSS, LEONARD. 1999. *Supreme Court Appointments: Judge Bork and the Politicization of Senate Confirmations*: Southern Illinois University Press.
- VOLCANSEK, MARY L. 2000. *Constitutional politics in Italy : the constitutional court*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire New York: Macmillan Press St. Martin's Press.
- VOSS, E.C. 1992. "Dissent: sign of a healthy court." *Arizona State Law Journal* 24.
- WAHLBECK, PAUL J., SPRIGGS J., MALTZMAN. 1999. "The politics of dissents and concurrences on the U.S. Supreme Court." *American Politics Quarterly* 27: 488-514.
- WARD, ARTEMUS. 2003. *Deciding to Leave: The Politics of Retirement from the United States Supreme Court (Sunny Series in American Constitutionalism)*: State University of New York Press.
- WASBY, STEPHEN L. 2005. "A transformed triangle: Court, Congress, and presidency in civil rights. (Symposium on the American Presidency and Civil Rights)." *Policy Studies Journal*.
- WATSON, GEORGE L., y STOOKEY, JOHN ALAN. 1995. *Shaping America : The Politics of Supreme Court Appointments*. New York: Harper Collins.
- WEBBER, JEREMY. 2004. "Supreme Courts, Independence and Democratic Agency." *Legal Studies*.
- WHITMAN, MARK. 2003. *Florida 2000 : a sourcebook on the contested presidential*

- election*. Boulder, Co: Lynne Rienner.
- WHITTINGTON, KEITH E. 2005. "Presidential Challenges to Judicial Supremacy and the Politics of Constitutional Meaning.". *Polity*.
- WILLIAMS, JEAN KINNEY. 2000. *Sandra Day O'Connor: Lawyer and Supreme Court Justice (Ferguson Career Biographies)*: Ferguson Publishing Company.
- WOLFMAN, BERNARD, SILVER, JONATHAN L. F, y SILVER, MARJORIE A. 1975. *Dissent without opinion : the behavior of Justice William O. Douglas in Federal tax cases*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- WOOLF, LORD. 2004. "The Rule of Law and a Change in the Constitution." Paper presented at the Squire Centenary Lecture,, Cambridge University.
- YALOF, DAVID ALISTAIR. 1999. *Pursuit of Justices : Presidential Politics and the Selection of Supreme Court Nominees*: University Of Chicago Press.
- YARBROUGH, TINSLEY E. 1992. *John Marshall Harlan : great dissenter of the Warren Court*. New York ; Oxford: Oxford University Press.
- YATES, JEFF. 2002. *Popular justice : presidential prestige and executive success in the Supreme Court*. Albany: State University of New York Press.
- YOUNG, EVAN A. 1998. *Lone star justice : a biography of Justice Tom C. Clark*. Dallas, Tex: Hendrick-Long Pub. Co.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO. 1977. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il mulino.
- _____. 2008. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Trotta, Turín, 2008, p. 51.

ANEXO: DOCUMENTACIÓN UTILIZADA POR EL COMITÉ JUDICIAL EN LA NOMINACIÓN DE ELENA KAGAN

Responses to Questions Submitted for the Record to Elena Kagan, Nominee to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States

Nota: El cuestionario enviado por el Comité al candidato y respondido por escrito por éste es quizá el documento más importante. En el caso de Elena Kagan se extiende a lo largo de 80 páginas.

Committee Questionnaire

Questionnaire Supplements

- **June 18, 2010** - Letter from Elena Kagan to Chairman Patrick Leahy and Ranking Member Jeff Sessions, re: Question 12(d)
 - - **April 5, 1997** - Conference Remarks at Case Western Law School
 - **May 15, 1993** - Remarks at the University of Chicago Law School
- **May 20, 2010** - Letter from Elena Kagan to Chairman Patrick Leahy and Ranking Member Jeff Sessions, re: Question 13(a) and 13(b)
- **May 18, 2010** - Supplemental Materials - Oxford Thesis, Princeton Thesis

Department of Defense

- **June 18, 2010** - Letter from Jeh Charles Johnson, General Counsel, Department of Defense, to Chairman Patrick Leahy and Ranking Member Jeff Sessions, re: documents (available upon request)
- **June 15, 2010** - Letter from Chairman Patrick Leahy to Jeh Charles Johnson, General Counsel, Department of Defense, re: documents

National Archives and Records Administration and William J. Clinton Presidential Library

- **June 23, 2010** - Letter from Chairman Patrick Leahy to Ranking Member Jeff Sessions, re: Clinton Library documents
- **June 19, 2010** - Letter from Gary Stern, General Counsel, National Archives, to Chairman Patrick Leahy and Ranking Member Jeff Sessions, re: documents
- **June 18, 2010** - Letter from Gary Stern, General Counsel, National Archives, to Chairman Patrick Leahy and Ranking Member Jeff Sessions, re: documents
- Clinton Presidential Library - **Kagan Emails Composed** (*Released June 18, 2010*)
- Clinton Presidential Library - **Kagan Emails Received** (*Released June 18, 2010*)
- Clinton Presidential Library - **Kagan Emails Federal** (*Released June 18, 2010*)
- **June 11, 2010** - Letter from Gary Stern, General Counsel, National Archives, to Chairman Patrick Leahy and Ranking Member Jeff Sessions, re: documents
- Clinton Presidential Library - **Office of White House Counsel** (*Released June 11, 2010*)
- Clinton Presidential Library - **Staff & Office, U.S. Court for the District of Columbia** (*Released June 11, 2010*)
- Clinton Presidential Library - **Domestic Policy Council and Staff & Office** (*Released June 11, 2010*)

- Clinton Presidential Library - **White House Office of Records Management (Released June 11, 2010)**
- **June 8, 2010** - Letter from Gary Stern, General Counsel, National Archives, to Chairman Patrick Leahy and Ranking Member Jeff Sessions, re: documents
- Clinton Presidential Library - **Domestic Policy Council (Released June 4, 2010)**
- **June 4, 2010** - Letter from Chairman Patrick Leahy to Gary Stern, General Counsel, National Archives
- **June 4, 2010** - Letter from Gary Stern, General Counsel, National Archives, to Chairman Patrick Leahy and Ranking Member Jeff Sessions
- **May 21, 2010** - Letter from David S. Ferriero, Archivist of the United States, to Chairman Patrick Leahy and Ranking Member Jeff Sessions, re: Kagan documents
- **May 18, 2010** - Letter from Chairman Patrick Leahy and Ranking Member Jeff Sessions to Terri Garner, Director of the William J. Clinton Presidential Library and Museum, re: documents
- Clinton Presidential Library - **Documents Related to Native Americans**
- Clinton Presidential Library - **Bruce Reed Collection**

Question 12A - Books, Articles, Reports, Letters to the Editorial, Editorial Pieces and Other Published Material

- **Formal Publications**

- - **2009** - "The Role of the Solicitor General" in ***The U.S. Supreme Court: Equal Justice Under Law*** (eJournal USA/U.S. Department of State 2009).
 - **2009** - "Office of the White House Counsel" in Mark Green and Michele Jolin, eds., ***Change for America: A Progressive Blueprint for the 44th President*** (Basic Books 2009).
 - **2009** - "Foreward" in Daniel Hamilton and Alfred Brophy, eds., ***Transformations in American Legal History: Essays in Honor of Professor Morton J. Horwitz*** (Harvard 2009).
 - **2008** - Harvard Law Revisited, 11 ***The Green Bag*** 475 (2008).
 - **2007** - In Memoriam: Clark Byse, 121 ***Harvard Law Review*** 454 (2007).
 - **2007** - Richard Posner, The Judge, 120 ***Harvard Law Review*** 1121 (2007).
 - **2006** - In Memoriam: David Westfall, 110 ***Harvard Law Review*** 947 (2006).
 - **2006** - Women and the Legal Profession - A Status Report (Leslie H. Arps Memorial Lecture), 61 ***The Record*** 37 (2006).
 - **2001** - Chevron's Nondelegation Doctrine, 2001 ***Supreme Court Review*** 201 (with David J. Barron).
 - **2001** - Presidential Administration, 114 ***Harvard Law Review*** 2245 (2001).
 - **2000** - Libel and the First Amendment (Update), ***Encyclopedia of the American Constitution***, Supplement II (2000).
 - **2000** - ***Masson v. New Yorker Magazine, Inc.***, ***Encyclopedia of the American Constitution*** (2000).
 - **1996** - Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrin, 63 ***University of Chicago Law Review*** 413 (1996).
 - **1996** - When A Speech Code Is A Speech Code: The Stanford Policy and the Theory of Incidental Restraints, 29 ***University of California at Davis Law Review*** 957 (1996)
 - **1995** - Confirmation Messes, Old and New (Book Review), 62 ***University of Chicago Law Review*** 919 (1995).
 - **1993** - Regulation of Hate Speech and Pornography After ***R.A.V.***, 60 ***University of Chicago Law Review*** 873 (1993).
 - - **1995** - An abbreviated version of this article appears in Laura Lederer and Richard Delgado, eds., ***The Price We Pay*** (Hill & Wang 1995).
 - **1993** - A Libel Story: ***Sullivan*** Then and Now (Book Review), 18 ***Law and Social Inquiry*** 197 (1993).
 - **1993** - For Justice Marshall, 71 ***Texas Law Review*** 1125 (1993).

- **1992** - The Changing Faces of First Amendment Neutrality: *R.A.V. v St. Paul, Rust v Sullivan*, and the Problem of Content-Based Underinclusion, 1992 *Supreme Court Review* 29.
- 1986 - Note, Certifying Classes and Subclasses in Title VII Suits, 99 *Harvard Law Review* 619 (1986).
- From the Dean
 - **Fall 2008** - Two Campaigns
 - **Summer 2008** - A Changing Climate of Environment
 - **Winter 2008** - A Curriculum Without Borders
 - **Summer 2007** - Con Law Takes Center Stage
 - **Spring 2007** - Corporate Governance in the New Global Economy
 - **Fall 2006** - Connecting to Practice
 - **Summer 2006** - Asian Journeys
 - **Spring 2006** - View from Chambers
 - **Fall 2005** - Negotiation, Advanced
 - **Summer 2005** - Criminal Law in Flux
 - **Spring 2005** - A Call to Public Service
 - **Fall 2004** - Law on the Front Lines
- Harvard Law School Releases
 - **December 16, 2008** - Six From HLS Win Prestigious Skadden Fellowships
 - **December 12, 2008** - Lawrence Lessig named professor of law at HLS, director of Harvard's Edmond J. Safra Foundation Center for Ethics
 - **December 12, 2008** - Lloyd E. Ohlin, expert in criminal justice, 1918-2008
 - **October 23, 2008** - Harvard Law School Celebrates Record-Setting Capital Campaign
 - **September 3, 2008** - Henry E. Smith to join HLS faculty in 2009
 - **August 7, 2008** - John Goldberg to join HLS faculty
 - **August 4, 2008** - Kagan is honored for her work to encourage public service
 - **June 11, 2008** - Jonathan Zittrain appointed to tenured faculty position
 - **June 5, 2008** - Highlights from Commencement Exercises
 - **May 13, 2008** - Malone and Jacobs appointed clinical professors of law
 - **May 7, 2008** - Harvard Law Faculty votes for 'open access' to scholarly articles
 - **April 30, 2008** - Palfrey appointed as new head of Harvard Law School Library
 - **April 29, 2008** - Stuntz and Warren elected to American Academy of Arts and Sciences
 - **April 14, 2008** - Ashish Nanda will join HLS faculty as professor of practice
 - **April 9, 2008** - Oliveira Appointed Associate Dean and Dean for Development and Alumni Relations
 - **April 7, 2008** - Three young scholars join HLS faculty as assistant professors
 - **March 20, 2008** - Anne Alstott, expert on tax law and social welfare, will join HLS faculty
 - **March 18, 2008** - Harvard Law School launches new Public Service Initiative
 - **February 19, 2008** - Sunstein to join Harvard Law School faculty
 - **January 24, 2008** - Michael Klarman to join HLS faculty
 - **December 13, 2007** - Six From HLS Win Prestigious Skadden Fellowships
 - **November 13, 2007** - Pakistani chief justice to receive Harvard Law School 'Medal of Freedom'
 - **October 9, 2007** - Clark Byse, celebrated HLS professor of administrative law and contracts: 1912-2007
 - **August 6, 2007** - William Rubenstein joins HLS faculty
 - **July 3, 2007** - Robert E. Keeton, pioneer of insurance law and District Court judge: 1919-2007
 - **June 14, 2007** - Olara Otunnu receives Harvard Law School Association Award
 - **June 11, 2007** - Yochai Benkler joins HLS faculty
 - **June 8, 2007** - Highlights from Harvard Law School's Commencement
 - **June 6, 2007** - Bordone and Cox honored on Class Day
 - **May 23, 2007** - Robert H. Sitkoff joins HLS faculty

- **May 15, 2007** - Gabrielle Blum and James Greiner join HLS faculty
- **April 4, 2007** - HLS adds five clinical professors
- **March 26, 2007** - Kathryn Spier to join HLS faculty
- **March 22, 2007** - Wasserstein Family Gives \$25 Million to Harvard Law School for Academic Center
- **February 22, 2007** - Human Rights Program announces new fellowship opportunity
- **February 11, 2007** - Dean Elena Kagan praises incoming Harvard President Drew Gilpin Faust
- **January 16, 2007** - Richard A. Musgrave, noted economist and pioneer in public finance: 1910-2007
- **January 2, 2007** - Six from HLS win Skadden public interest fellowships
- **December 7, 2006** - Noah Feldman to join Harvard Law faculty
- **October 6, 2006** - HLS faculty unanimously approves first-year curriculum reform
- **September 20, 2006** - Webcast: Dean Kagan delivers 'State of the School' address
- **April 24, 2006** - Fallon selected to join American Academy of Arts and Sciences
- **March 1, 2006** - Associate Dean Scott Nichols to Conclude Service
- **January 18, 2006** - Professor Arthur von Mehren, 1922-2006
- **December 6, 2005** - HLS students win record number of public service fellowships
- **November 29, 2005** - Harvard Law School launches new center to investigate intersections of health, technology and law
- **September 23, 2005** - Webcast of Dean Kagan's 'state of the school' address
- **September 15, 2005** - Celebration of Black Alumni begins this weekend
- **September 2, 2005** - Dean Kagan announces hurricane relief efforts
- **August 30, 2005** - Five new professors join HLS faculty
- **August 24, 2005** - HLS to hold second Celebration of Black Alumni
- **June 21, 2005** - Kirkland & Ellis Gift Honored by Renaming Major Harvard Law School Teaching Space
- **April 13, 2005** - State of President Lawrence Summers and Dean Elena Kagan on Laurence Tribe
- **February 10, 2005** - Renovations to Hemenway Gymnasium slated for summer 2005
- **January 3, 2005** - Subramanian Joins Tenured Faculty
- **November 30, 2004** - Statement by Dean Elena Kagan on the Solomon Amendment
- **October 6, 2004** - Memorial Service for Archibald Cox
- **September 30, 2004** - Harvard Law School Announces New Professorship Dedicated to Accounting and Statistics
- **September 23, 2004** - Students and Faculty Connect in First-Year Reading Groups
- **September 8, 2004** - Three Professors Join Tenured Faculty
- **August 4, 2004** - Harvard Law School Chooses Architect for Northwest Corner
- **April 19, 2004** - Ogletree Appointed Director of New Harvard Institute
- **December 11, 2003** - School Wins Record Number of Skadden Fellowships
- **November 7, 2003** - HLS Announces Environmental Law Fellowship
- **October 23, 2003** - Celebrating a Legal Services Partnership
- **October 18, 2003** - Fisher Named to Hale and Dorr Professorship
- **October 8, 2003** - Professor Archibald Cox Honored
- **October 2, 2003** - Vorenberg Fellowship Recipients Announced
- **July 1, 2003** - Kagan Becomes Dean of Harvard Law School
- Letters to the Editor
 -
 - **April 28, 2003** - *Harvard Crimson*, "HLS International Law Program Healthy"
 - **March 24, 2003** - *Harvard Law Record*, "Student Input for Allston"
 - **April Fool's Day Columns, not authored by Elena Kagan**
 -
 - **April 1, 2010** - *Harvard Law Record*
 - **April 2, 2009** - *Harvard Law Record*
- The Daily Princetonian
 -

- **Unknown** - USG discusses honor report; appropriate funds for trips
- **Unknown** - Unbeaten tennis drubs Harvard, 8-1; Tigers clinch sixth straight crown
- **Unknown** - Scarlet Knights nip Basketball
- **Unknown** - Karp leads Women's Center with chutzpah, aggressiveness
- **Unknown** - Hockey downs Bulldogs, 3-2; Mann turns back 31 Eli shots
- **April 8, 1981** - Declaration o the Campaign for a Democratic University
- **February 3, 1981** - Kagan wins Sachs Scholarship
- **January 21, 1981** - The Last Goodbye
- **November 10, 1980** - Fear and loathing in Brooklyn
- **February 11, 1980** - Carl Schorske's Viennese masterpiece
- **November 28, 1979** - GICC decides to speak to university on CURL
- **November 20, 1979** - USG urges changes in position of chapel dean
- **November 20, 1979** - McGrath writes two hit musicals for Triangle
- **November 19, 1979** - Iran protest group to demonstrate
- **November 14, 1979** - Bowen meets club representatives, discusses CURL recommendations
- **November 12, 1979** - Football bows to Bulldog jinx, 35-10; Yale captures Ivy League championship
- **November 9, 1979** - Yale, Tigers prepare for clash: Football to confront Bulldogs in battle for Ivy League lead
- **November 7, 1979** - Women's Center organizes education group
- **November 1979** - The Women's Center: Gaining a new identity amidst controversy
- **October 22, 1979** - Women's Center stages discussion about tenure for female professors
- **October 22, 1979** - People's Front marches to support divestiture
- **October 22, 1979** - Honors Committee releases long-awaited reports: Report prompts mixed response
- **October 19, 1979** - USG designates committee to help student groups mix
- **October 16, 1979** - Dean Brown tells Cap he would probably bicker again
- **October 4, 1979** - GICC postpones decision on CURL's latest report
- **October 1, 1979** - Scarlet Knights bury football, 38-14
- **September 28, 1979** - Hungry Tigers seek to upset Rutgers
- **September 26, 1979** - SECH loses two sexual therapists as university moves to save money
- **September 18, 1979** - English department forced to take rare staffing action
- **May 21, 1979** - University bans cooking appliances, vetoing Residence Committee stance
- **May 9, 1979** - Faculty solicits plan to sway S. Africa companies
- **May 7, 1979** - President releases yearly statement on topics of scholarship, research
- **April 27, 1979** - New York's rock and roll clubs boom
- **April 24, 1979** - Honor group poll reportedly says between 15 and 20 percent cheat
- **April 23, 1979** - Poll indicates one-third have cheated: Results of survey question could be inflated
- **April 19, 1979** - Resources committee supports several proxies on South Africa
- **April 18, 1979** - Woods advocates total divestiture of university South African stock
- **April 13, 1979** - Baseball overcomes Manhattan 11-7
- **April 10, 1979** - U-Council forms group on South Africa: Body to consider new ways to improve racial situation
- **April 6, 1979** - Physicist urges stockpiling of drug
- **April 3, 1979** - Front, Bowen meet to discuss investment policy
- **April 2, 1979** - Columbia divests itself of stock in three banks
- **March 23, 1979** - Trustees to meet here today to vote on South African proxy
- **March 15, 1979** - Proposed changes in zoning draw criticism from university
- **March 9, 1979** - Kelley: U-Council 'founding father' discusses group's ten year history
- **March 8, 1979** - Bowen to go to Washington today: agenda includes talk with Califano
- **March 1, 1979** - University takes conservation steps to deal with energy cost overrun
- **February 21, 1979** - Frank files complaint on sex bias

- **February 17, 1979** - Goheen, Blumenthal receive Alumni Day honors: Former president awarded Wilson prize
- **February 13, 1979** - U-Council approves right to silence in Discipline Committee hearings
- **February 7, 1979** - Bohens' 'dual careers' move ahead in Washington: Halcyone Bohen: From Dean to Researcher
- **February 6, 1979** - 'Prince' accepts advertisement by Playboy
- **February 3, 1979** - Preyer: Southern gentleman in Congress
- **January 17, 1979** - Bicker numbers decline; clubs profess no anxiety
- **December 19, 1978** - Court gives conditional discharges to three marijuana law offenders
- **December 18, 1978** - Arbitrators to resolve unions' grievances
- **December 12, 1978** - Committee hearings resume Wednesday despite protests
- **December 8, 1978** - AD search yields potential candidates
- **December 7, 1978** - Woman splashed with beer at club files assault charge with university
- **November 29, 1978** - Powerful Yale hands skaters 7-4 loss in game at Ingalls Rink
- **November 20, 1978** - Undergraduate Life at Princeton: Outlook for Prospect Street: Eating clubs grow in strength
- **November 14, 1978** - N.J. Senate bill hikes drinking age
- **November 8, 1978** - Bradley defeats Bell in Senate contest
- **November 6, 1978** - Football goes undefeated over break: Humiliates Penn, 21-0
- **October 18, 1978** - Three borough candidates compete for two seats on Princeton council
- **October 10, 1978** - Citizen groups support investigation of borough, township consolidation
- **October 2, 1978** - Seven journalists come to Princeton to study economics at Wilson School
- **September 26, 1978** - Undergrad hours cut at Student Center
- **September 14, 1978** - 1978 Football outlooks include great expectations
- **September 13, 1978** - Social life discussed at open house

Question 12B - Reports, Memoranda, Policy Statements, Minutes, Agendas

- **November 18, 2008** - Boston Bar Association Diversity Leadership Task Force
- **June 2008** - New York State Commission on Higher Education, Final Report of Findings and Recommendations
- **May 2005** - Task Force on Women Faculty of Harvard University
- **November 2002** - Locational Options Committee of Harvard Law School

Question 12C - Testimony, Official Statements, and Other Communications

- **February 10, 2009** - Transcript - Confirmation Hearing, Nomination to be Solicitor General of the United States
- **February 14, 2007** - Letter - From Law School Deans - Compensation of federal judges
- **January 15, 2007** - Statement of Law School Deans - Legal representation of detainees at Guantanamo
- **November 14, 2005** - Joint Letter - Opposing an Amendment to strip the federal courts of jurisdiction to hear habeas petitions brought by Guantanamo detainees
- **May 4, 2005** - Statement of Law School Deans - Opposing threats of retaliation against federal judges
- **September 10, 2002** - Letter - In support of McConnell nomination to the Tenth Circuit Court of Appeals
- **June 17, 2002** - Letter - To Senator Paul Sarbanes about a provision of the Public Company Accounting Reform and Investor Act
- **April 12 and 13, 2001** - Joint Letters - In support of Keisler nomination to the Fourth Circuit Court of Appeals

- **May 27, 1998** - Press Briefing - On welfare reform, with Secretary Donna Shalala and Eli Segal
- **March 9, 1998** - Press Briefing - On tobacco legislation, with Chris Jennings
- **February 13, 1998** - Press Briefing - On tobacco legislation, with General Barry McCaffery
- **November 7, 1997** - White House Press Conference - On Hate Crimes, with Maria Echaveste

Question 12D - Speeches

- **May 7, 2010** - Remarks - U.S. Court of Federal Claims Law Day Luncheon
- **March 5, 2010** - Panel Moderator - Sixth Circuit Judicial Conference
- **March 3, 2010** - Remarks - Seventh Circuit Judicial Conference Annual Dinner
- **April 29, 2010** - Remarks - Georgetown Law Supreme Court Institute Reception Honoring Justice Kennedy
- **April 9, 2010** - Remarks - F.B.I Women's History Month Event
- **February 2, 2010** - Remarks - Civil Division Orientation for New Attorneys
- **January 28, 2010** - **Panelist** - "Women Advocates Before the Supreme Court" with Maureen Mahoney and Wendy Williams, Moderated by Sandra Day O'Connor (**video file**)
- **September 11, 2009** - Panelist - "Reflections from the Solicitor General's Office" with Charles Fried and John Manning
- **August 10, 2009** - Remarks - Department of Justice Summer Interns Lecture Series
- **July 31, 2009** - Event - Swearing-In of New Social Security Administration Administrative Law Judges
- **July 23, 2009** - Q&A - With Chief Judge Kozinski, Ninth Circuit Judicial Conference
- **June 3, 2009** - Speech - Harvard Law School Class Day Ceremony
- **June 3, 2009** - Remarks - Captain Promotion Ceremony for Kyle Scherer
- **May 20, 2009** - Keynote Address - Conference on Independent Courts
- **May 19, 2009** - Remarks - Women's Bar Association of D.C. Annual Dinner
- **May 6, 2009** - Introduction - Of Neal Katyal at the Asian Pacific Event at the Department of Justice
- **December 3, 2008** - Remarks - Faculty Chair Lecture - Cass Sunstein
- **November 21, 2008** - Remarks - Globalization of the Legal Profession Conference
- **November 19, 2008** - Remarks - Harvard Law School Medal of Freedom Award Presentation to Pakistani Chief Justice Iftikhar Chaudhry
- **November 12, 2008** - Remarks - Introduced Francis W. Biddle Memorial Lecture given by Ian Ayres
- **October 29, 2008** - Remarks - Faculty Chair Lecture - Jon Hanson
- **October 25, 2008** - Q&A with the Dean - Harvard Alumni Reunions
- **October 24, 2008** - Panel Moderator - Supreme Insights: Examining the Future of America's Highest Court
- **October 23, 2008** - Remarks - Harvard Law School Capital Campaign Celebration Dinner
- **October 17, 2008** - Remarks - Introduction of Sandra Day O'Connor as part of the Harvard Law School Charles Hamilton Houston Institute Conference
- **October 16, 2008** - Remarks - Equal Justice Works Dinner, Acceptance of Dean of the Year Award
- **October 14, 2008** - Remarks - Faculty Chair Lecture (Yochai Benkler)
- **October 6, 2008** - Speech - John W. King Lecture at New Hampshire Supreme Court
- **October 2, 2008** - Remarks - Introduction to Herbert W. Vaughan Lecture given by Justice Antonin Scalia
- **October 1, 2008** - Panel Moderator - The Financial Crisis: Causes and Cures
- **September 26, 2008** - Remarks - Conference Honoring Harvard Law School Professor Morton Horwitz
- **September 23, 2008** - Remarks - Introduction of "The Idea of Justice," a Lecture by Amartya Sen
- **September 22, 2008** - Panel Moderator - Dean's Forum: Inside the Laws and Policies of Televised Presidential Debates
- **September 22, 2008** - Remarks - Introduction of Deval Patrick at an American Constitution Society event
- **September 21, 2008** - Remarks - Harvard Law School Alumni "Celebration 55" - Presentation of Alumni Award to Congresswoman Jane Harman

- **September 20 2008 - Q&A with Justice Ruth Bader Ginsburg** - Harvard Law School Alumni "Celebration 55"
- **September 19, 2008** - Welcome and Remarks - Harvard Law School Alumni "Celebration 55: Women's Leadership Summit"
- **September 19, 2008** - Q&A with the Dean - Harvard Law School Alumni "Celebration 55"
- **September 19, 2008** - Remarks - Harvard Law School "Celebration 55" - Presentation of Alumni Award to Rita E. Hauser
- **September 17, 2008** - Remarks - Harvard Law School Public Service Orientation
- **September 16, 2008** - Remarks - Faculty Chair Lecture (Noah Feldman)
- **September 15, 2008** - Speech - Harvard Law School State of the School
- **September 12, 2008** - Remarks - Microsoft 10 Years Later Conference
- **September 9, 2008** - Welcome - Harvard Law School Intellectual Property Law Conference
- **September 9, 2008** - Panel Moderator - Dean's Forum: The Role of Courts in the War on Terror
- **August 29, 2008** - Speech - Dean's Speech to New 1L and LLM Students
- **June 13, 2008** - Panel Moderator - American Constitution Society, "Law & Justice Policies in a New Administration"
- **June 5, 2008** - Speech - Harvard Law School Commencement
- **June 4, 2008** - Remarks - Harvard Law School Graduating Students Class Day
- **May 15, 2008** - Remarks - Berkman Center 10th Anniversary Event
- **May 3, 2008** - Q&A with the Dean - Alumni Reunions
- **May 2, 2008 - Remarks** - Alumni Lunch
- **April 18, 2008** - Remarks - International Law Journal Conference
- **April 4, 2008** - Remarks - Memorial Service for Professor Clark Byse
- **April 2, 2008** - Remarks - Faculty Chair Lecture (Carol Steiker) (
- **March 15, 2008** - Q & A with the Dean - Harvard Law School Public Interest Reunion
- **March 14-15, 2008** - Remarks - Introduction of Bryan Stevenson and Bill Weld at Harvard Law School Public Interest Reunion
- **March 14, 2008** - Remarks - A Conversation with Jennifer Granholm at the Public Interest Reunion
- **March 11, 2008** - Remarks - Introduction of Q&A with Justice Anthony Kennedy
- **March 8, 2008** - Panelist - "Women and the Law" at the Peter Jennings Project Conference
- **February 27, 2008** - Remarks - Faculty Chair Lecture (George Triantis)
- **February 14, 2008** - Remarks - Swearing-In Ceremony for Professor Mary Ann Glendon
- **February 4, 2008** - Remarks - Faculty Chair Lecture (John Coates)
- **December 3, 2007** - Remarks - Faculty Chair Lecture (Gerry Neuman)
- **November 13, 2007** - Panel Moderator - Dean's Forum: Dealing with Terrorism: What Congress and the President Should Do
- **October 29, 2007** - Remarks - Faculty Chair Lecture (Mark Tushnet)
- **October 28, 2007** - Remarks - Native American Alumni Celebration
- **October 27, 2007** - Q&A with the Dean - Harvard Law School Alumni Reunion
- **October 26, 2007** - Remarks - Conversation with Michael Kinsley at Reunion Event
- **October 17, 2007** - Speech - West Point Academy Keynote Address
- **September 19, 2007** - Remarks - Harvard Law School Public Service Orientation
- **September 17, 2007** - Speech - Harvard Law School State of the School
- **September 17, 2007** - Remarks - Faculty Chair Lecture (Janet Halley)
- **September 6, 2007** - Remarks - Unveiling of Charles Hamilton Houston Portrait
- **August 31, 2007** - Speech - Dean's Speech to New 1L and LLM Students
- **July 28, 2007** - Panel Moderator - American Constitution Society National Convention, Congress & Balance of Power Panel
- **June 7, 2007** - Speech - Harvard Law School Commencement
- **June 6, 2007** - Remarks - Harvard Law School Graduating Students Class Day Ceremony
- **May 21, 2007** - Conversation - Massachusetts Harvard Law School Alumnae Network Reception
- **May 5, 2007** - Welcome - American Law and Economics Association Annual Meeting
- **April 28, 2007** - Q&A with the Dean - Harvard Law School Alumni Reunion
- **April 26, 2007** - Remarks - Cox-Richardson-Coleman Public Service Award, Received by Patrick Fitzgerald
- **April 23, 2007** - Remarks - Program on Negotiation: Great Negotiator Award, received by Bruce Wasserstein

- **April 16, 2007** - Remarks - Faculty Chair Lecture (Ryan Goodman)
- **April 14, 2007** - Remarks - Harvard Law School Civil Rights & Civil Liberties Law Review Dinner
- **April 13, 2007** - Welcome - American Bar Association Conference: Children and the Law
- **April 13, 2007** - Welcome - Harvard Law Journal on Law and Gender Conference on Title IX
- **April 9, 2007** - Remarks - Introduced John Dewey Lecture in Philosophy of Law given by Robert George
- **April 7, 2007** - Remarks - Harvard Law School Charles Hamilton Houston Institute 150th Anniversary of Dred Scott Event
- **March 19, 2007** - Panel Moderator - Petrie-Flom Conference on Proper Legal Limits on Human Enhancement
- **March 6, 2007** - Remarks - Harvard Law School/Applesseed Inaugural Lecture, given by Joel Klein
- **March 3, 2007** - Panel Introduction - Harvard Law School Lambda Conference on Don't Ask Don't Tell
- **February 20, 2007** - Introduction - Faculty Chair Lecture (Randall Kennedy)
- **February 6, 2007** - Introduction - Faculty Chair Lecture (William Stuntz)
- **January 4, 2007** - Panelist - AALS Plenary Session on Academic Freedom
- **December 1, 2006** - Welcome - Harvard Law School American Society for International Law Conference
- **November 30, 2006** - Remarks - Q&A with Justice Antonin Scalia
- **November 7, 2006** - **Introduction** - Faculty Chair Lecture (Joseph Singer)
- **November 1, 2006** - Remarks - Introduced Francis W. Biddle Memorial Lecture given by Reva Siegel
- **October 28, 2006** - Q&A with the Dean - Harvard Law School Alumni Reunion
- **October 28, 2006** - Remarks - Harvard Law School Alumni Reunion Lunch, introduced Justice Anthony Kennedy
- **October 25, 2006** - Remarks - Reception Celebrating Establishment of Rite E. Hauser Professorship of Human Rights and Humanitarian Law
- **October 18, 2006** - Remarks - Dinner Honoring Harvard Law School Heyman Fellows
- **October 3, 2006** - Remarks - Introduced Oliver Wendell Holmes Lecture given by Bruce Ackerman
- **September 21, 2006** - Remarks - Introduce Aharon Barak
- **September 20, 2006** - Speech - State of the School Address
- **September 20, 2006** - Remarks - Gruber Foundation Dinner Honoring Aharon Barak
- **September 19, 2006** - Remarks - Harvard Law School Public Service Orientation
- **September 8, 2006** - Remarks - Faculty Chair Lecture (Einer Elhauge)
- **September 1, 2006** - Speech - Dean's Speech to New 1L and LLM Students
- **June 8, 2006** - Speech - Harvard Law School Commencement
- **June 7, 2006** - Remarks - Harvard Law School Graduating Student Class Day, introducing Linda Greenhouse
- **April 19, 2006** - Remarks - Memorial Service for Professor Arthur von Mehren
- **April 12, 2006** - Remarks - Opening of Navajo Supreme Court Session
- **April 5, 2006** - **Q&A** - A Conversation with Mark Warner
- **March 25, 2006** - Panelist - Yale Law Journal Symposium, Session on "Energy in the Executive: The Power of Unitary Leadership"
- **March 20, 2006** - **Remarks** - Faculty Chair Lecture (David Rosenberg)
- **March 17, 2006** - Welcome - Harvard Journal of Law and Technology Conference
- **March 17, 2006** - Welcome - National Democratic Law Students Council Kick-Off Convention
- **March 10, 2006** - Panel Moderator - Harvard Journal on Law and Gender Conference on Legal Education and Gender
- **February 25, 2006** - Welcome - United Nations Reform and Human Rights Conference
- **February 6, 2006** - Welcome - Memorial Service for Professor David Westfall
- **November 12, 2005** - Welcome - American Constitution Society Regional Conference
- **November 9, 2005** - Panel Moderator - Dean's Forum: Executive Power, Detention and Interrogation
- **November 7, 2005** - Speech - Leslie H. Arps Memorial Lecture on Women and the Law at the Association of the Bar of the City of New York
- **November 1, 2005** - Remarks - Great Lawyers Forum with Ted Wells

- **October 8, 2005** - Speech - American Academy of Arts & Sciences Induction Ceremony
- **October 5, 2005** - Remarks - Great Lawyers Forum with Newton Minow
- **October 3, 2005** - Panel Moderator - Dean's Forum: The U.S. Supreme Court's 2005 Term
- **September 28, 2005** - Panel Moderator - Anglo-American Legal Exchange Panel, with Justices Stephen Breyer and Antonin Scalia and British Counterparts
- **September 22, 2005** - Speech - State of the School Address
- **September 17, 2005** - Remarks - Harvard Law School Celebration of Black Alumni & Alumni Award to Barack Obama
- **September 16, 2005** - Remarks - Harvard Law School Alumni Leadership Conference Dinner
- **September 15, 2005** - **Remarks** - Harvard Law School Charles Hamilton Houston Institute Event
- **July 29, 2005** - Panel Moderator - American Constitution Society - Commander-in-Chief Power in the 21st Century
- **June 22, 2005** - Welcome - Internet Law Program Sponsored by the Berkman Center for Internet & Society
- **June 9, 2005** - Speech - Harvard Law School Commencement
- **June 8, 2005** - Remarks - Harvard Law School Graduating Student Class Day
- **April 16, 2005** - Q&A with the Dean - Harvard Law School Reunions
- **December 10, 2004** - Welcome - Internet & Society Conference
- **November 15, 2004** - Panel Moderator - Dean's Forum: Perilous Times; Free Speech in Wartime - A Conversation with Geoffrey Stone
- **November 8, 2004** - Panel Moderator - Dean's Forum: 9/11 Commission
- **October 23, 2004** - Remarks - Harvard Legal Aid Bureau 90th Anniversary
- **October 19, 2004** - Remarks - American Friends of Hebrew University Torch of Learning Award Lunch
- **October 16, 2004** - Remarks - Human Rights Program 20th Anniversary Reception
- **October 15, 2004** - Remarks - LAMBDA Student Event
- **October 14, 2004** - Welcome - Conference on The Past, Present & Future of Jewish Settlements in the West Bank and Gaza
- **October 8, 2004** - Remarks - Archibald Cox Memorial Service
- **October 5, 2004** - Panel Moderator - Dean's Forum: U.S. Supreme Court's 2004 Term
- **September 23, 2004** - Speech - Harvard Law School State of the School
- **June 15-19, 2004** - Welcome, Remarks - Harvard Law School International Alumni Meeting
- **June 10, 2004** - Speech - Harvard Law School Commencement
- **May 15, 2004** - Speech - North American Meeting of Lex Mundi
- **April 23, 2004** - Remarks - Alumni Lunch
- **April 21, 2004** - Panel Moderator - Dean's Forum on Faculty Book (David Kennedy: The Dark Side of Virtue)
- **April 13-17, 2004** - Various Remarks - Brown v. Board of Education at 50 Conference
- **March 16, 2004** - Remarks - Cox-Richardson-Coleman Public Service Award (honoring Senator Paul Sarbanes and Inspector General Glenn Fine)
- **March 11, 2004** - Panel Moderator - Dean's Forum on Faculty Book (Charles Fried: Saying What the Law Is: The Constitution in the Supreme Court)
- **February 17, 2004** - Panel Moderator - Dean's Forum on Gender and the Classroom
- **February 14, 2004** - Welcome - Latter-Day Saints Student Association Conference
- **February 5, 2004** - Panel Moderator - Dean's Forum on Goodridge v. Dept. of Public Health
- **January 22, 2004** - Speech - New York University New Building Dedication (speech on Dean Roscoe Pound's 1952 Speech "Legal Education in a Unified World")
- **October 20, 2003** - Panel Moderator - Dean's Forum on the Judicial Confirmation Process
- **October 15, 2003** - Remarks - Faculty Chair Lecture (Terry Fisher)
- **October 10, 2003** - Welcome - LAMBDA Student Conference
- **October 9, 2003** - Panel Moderator - Dean's Forum on U.S. Supreme Court's 2003 Term
- **October 8, 2003** - Remarks - Unveiling of Archibald Cox Portrait
- **October 7, 2003** - Introduction - Jerry Wurf Memorial Lecture, by Governor Bill Richardson
- **October 2, 2003** - Panel Moderator - Letters to a Young Lawyer Discussion for First-Year Harvard Law School Students
- **September 20, 2003** - Remarks - Harvard Law School Gay and Lesbian Alumni Reunion
- **September 17, 2003** - Speech - Harvard Law School State of the School
- **September 5, 2003** - Remarks - Introduction of Warren Christopher

- **August 2, 2003** - Panel Moderator - American Constitution Society Conference (Originalism, Original Intent, Original Meaning Panel)
- **June 21, 2003** - Remarks - On Judicial Review to Princeton Alumni
- **May 3, 2003** - Remarks - 50th Anniversary of Women Graduates
- **April 8, 2003** - Panel Moderator - On the Second Amendment and Gun Control
- **April 4, 2003** - Speech - Dean Acceptance Speech
- **February 24, 2003** - Remarks - On Judicial Review in Administrative and Constitutional Law at Academic Conference
- **November 11, 2002** - Panel Moderator - Harvard Law Review Supreme Court Forum
- **November 1, 2001** - Remarks - On Executive Review of Regulation at American Bar Association Conference
- **April 21, 2001** - Toastmaster and Introduction - Of Merrick Garland at Harvard Law Review Banquet
- **November 17, 2000** - Remarks - Harvard Law School Faculty Workshop on Presidential Administration Article
- **February 16, 1996** - Remarks - On Speech Codes at Academic Conference
- **September 21, 1995** - Remarks - On Relationship Between First Amendment Doctrine and Technological Change at Libel Lawyer's Conference
- **April 28, 1995** - Remarks - On Constitutionality of Speaker-Based Restrictions at American Bar Association Panel on Communications Law
- **February 10, 1994** - Remarks - On First Amendment Doctrine at Faculty Workshop
- **October 23, 1993** - Remarks - On Critical Race Theory to High School Teachers
- **October 16, 1993** - Remarks - On Censorship in Schools at Chicago Humanities Festival
- **Fall 1992** - Remarks - On Legal Education to Law School Alumni

Question 12F - Interviews

- **December 22, 2009** - *National Public Radio*, "Solicitor General Holds Views Close to her Chest"
- **October 19, 2009** - *Main Justice*, "Thurgood Marshall Still Watching Over Kagan"
- **May 4, 2009** - *National Law Journal*, "Kagan: Just Call Her 'The General'"
- **December 7, 2008** - *The New York Times*, "Harvard Lighting Rod Finds Path to Renewal With Obama"
- **June 18, 2008** - *States News Service*, "Ex-Treasury, Congressional Tax Expert Berman to Head Graduate Tax Program at BU Law School"
- **May 12, 2008** - *National Law Journal*, "Harvard Law Faculty Articles To Be Free on Net"
- **March 19, 2008** - *Boston Globe*, "Harvard Law Plan Good News for Public Sector/Tuition Waiver Makes Choice More Attractive"
- **March 18, 2008** - *The New York Times*, "Harvard Law, Hoping Students Will Consider Public Service, Offers Tuition Break"
- **Autumn 2007** - *The Journal of Blacks in Higher Education*, "The Decline in Black Enrollments at the Nation's Highest-Ranked Law Schools"
- **October 31, 2007** - *The New York Times*, "Training Law Students for Real-Life Careers"
- **June 18, 2007** - *National Law Journal*, "More Job Hopping at Schools"
- **January 17, 2007** - *The New York Times*, "At Berkeley Law, a Challenge to Overcome All Barriers"
- **October 7, 2007** - *The New York Times*, "Harvard Law Decides to Steep Students in 21st-Century Issues"
- **March 2006** - *Student Lawyer Magazine*, "Restoring Lawyers as Public Servants"
- **September 18, 2005** - *Boston Globe*, "Obama Urges Alumni to Help Fight Poverty/Gives Speech at Harvard Meeting of Black Grads"
- **September 10, 2005** - *Boston Globe*, "Elite Colleges' Welcome Brings Unexpected Boom"
- **August 4, 2005** - *Associated Press*, "Roberts Puts Harvard Law on Hot Streak"
- **June 14, 2004** - *National Law Journal*, "Top Law Professors Are a Hot Commodity, and Schools Are Scrambling to Keep Them"
- **May 2004** - *The Metropolitan Corporate Counsel*, "New England and Boston - Law Schools; Harvard Law School: Progress on Many Fronts"
- **Winter 2004** - *HCHS Alumni Notes*, "Alum Profile"

- **September 21, 2003 - *Boston Globe***, "Harvard Law Dean's Goal Is Renovation"
- **Summer 2003 - *Ms. Magazine***, "Taking the Law in Her Hands"
- **June 15, 2003 - *Boston Globe***, "Harvard Law School Launches Ambitious Fund-Raising Campaign"
- **March 2, 1999 - *MSNBC***, Online Interview
- **January 22, 1999 - *Seattle Post-Intelligencer***, "State Joins Fight to Keep Tobacco Money from Feds"
- **November 21, 1998 - *The National Journal***, "Clinton and Tobacco: What Now?"
- **November 12, 1998 - *Newsday*** (New York), "A Weaker Settlement? New Tobacco Deal Not as Strong on Teen Smoking, Critics Say"
- **October 1, 1998 - *Associated Press***, "With Fear, Fascination, Lockhart Takes Press Secretary Role"
- **August 15, 1998 - *Los Angeles Times***, "Court Rules FDA Cannot Regulate Tobacco as Drug; Law: Appeals Panel's Decision Deals Key Blow to Clinton Administration's Fight to Curb Youth Smoking, Judges Say Congress Never Gave the Agency Jurisdiction"
- **August 15, 1998 - *Newsday*** (New York), "Big Tobacco's Victory / Appeals Court Bars FDA Regulation"
- **June 23, 1998 - *Philadelphia Inquirer***, "Clinton to Survey Teen Smoking Habits / The President, Still Hoping for a Tobacco-Control Bill, Said the Data Would Reveal Which Ads Entice Children"
- **May 18, 1998 - *The New Republic***, "Wonderwork"
- **May 9, 1998 - *Star Tribune*** (Minneapolis, Minn.), "Cost of National Deal Probably Just Went Up"
- **April 3, 1998 - *St. Petersburg Times*** (Florida), "As Clinton Returns, Foes Who Smelled Victor Taste Defeat"
- **April 1, 1998 - *The New York Times***, "Heated Hearing Over the Fate of an Agency"
- **March 31, 1998 - *San Antonio Express-News*** (Texas), "Tobacco Bill Would Limit Annual Liability at \$6.5 Billion"
- **March 22, 1998 - *Newsday*** (New York), "Tobacco Deal's Hazy Outlook, Working Out Details of Tobacco Deal"
- **January 30, 1998 - *Los Angeles Times***, "Cigarette Execs Get Cool Reception at House Hearing: Tobacco: They Express Regret, Push for Ratification of Landmark Settlement, But Deal's Prospects Have Grown Cloudy"
- **January 29, 1998 - *Los Angeles Times***, "National Perspective: Legislation: Proposed Tobacco Settlement Isn't Setting Congress on Fire; Some Lawmakers are Beginning to Gravitate Toward a Scaled-Back Alternative to the Sweeping Deal"
- **January 27, 1998 - *Newsday*** (New York), "Disclosure of Targeting Teens Could Smother Smoking Deal"
- **November 10, 1997 - *Associated Press***, "Clinton Opens Hate Crime Conference"
- **August 10, 1997 - *Knight Ridder Washington Bureau***, "Clinton Wants Business to View Welfare Recipients as Untapped Resources"
- **July 28, 1997 - *Austin American-Statesman*** (Texas), "Clinton Tells States to Put Welfare to Work for Poor"
- **July 28, 1997 - *Charlotte Observer*** (North Carolina), "Funds for the Poor Should Go to Poor, Clinton Says"
- **June 5, 1997 - *The New York Times***, "G.O.P. Backing Off a Deal to Restore Aid to Immigrants"
- **August 12, 1994 - *Associated Press***, "Mikva's Political Skills to be Tested as Clinton's New Counsel"
- **January 16, 1994 - *Chicago Tribune***, "In His Court: Mikva Brings a Politician's Perspective to the Federal Bench"
- Harvard Publications
 -
 - **February 27, 2009 - *Harvard Crimson***, "Kagan's Legal Legacy"
 - **February 16, 2009 - *Harvard Law Record***, "First Circuit Relocates to HLS"
 - **December 18, 2008 - *Harvard Gazette***, "Lawrence Lessig Receives Two Harvard Appointments"

- **November 5, 2008 - *Harvard Law School Website***, "Barack Obama '91 Will Be the 44th President of the United States"
- **November 2, 2008 - *Harvard Crimson***, "Harvard Goes to Washington"
- **October 27, 2008 - *Harvard Crimson***, "HLS Looks to Public Sector"
- **October 1, 2008 - *Harvard Law Bulletin***, "Northwest Passage"
- **October 1, 2008 - *Harvard Law Bulletin***, "A Fundamental Advantage"
- **July 1, 2008 - *Harvard Law Bulletin***, "Startup for an Ailing Planet"
- **May 29, 2008 - *Harvard Gazette***, "Harvard Law School Campaign Surpasses Goal"
- **May 22, 2008 - *Harvard Gazette***, "Affordable Harvard: A Year of Financial Aid Initiatives"
- **May 15, 2008 - *Harvard Gazette***, "Harvard Elevates Study of Technology and Society"
- **May 7, 2008 - *Harvard Crimson***, "Law School Adopts Open Access for Scholarship"
- **April 24, 2008 - *Harvard Crimson***, "HLS Dean Joins Indian Fund Board"
- **April 1, 2008 - *Harvard Law Bulletin***, "Intermission"
- **April 1, 2008 - *Harvard Law Today***, "New Public Service Initiative Launched"
- **April 1, 2008 - *Harvard Law Today***, "Celebration of Public Interest Draws More Than 700," "Three Standouts Headed for HLS," "Justice Kennedy Swings By for a Visit," "Elhauge Book Forum Brings Breyer to HLS"
- **March 19, 2008 - *Harvard Crimson***, "HLS to Cut Tuition for Public Service"
- **February 21, 2008 - *Harvard Gazette***, "Sunstein Joins HLS, Where Eminent Scholar Will Direct New Program"
- **January 31, 2008 - *Harvard Law Record***, "Admin Announces New, Friendlier 3L Paper Requirement"
- **January 1, 2008 - *Harvard Law Bulletin***, "Law Classes Take Flight"
- **January 1, 2008 - *Harvard Law Bulletin***, "A Curriculum of New Realities"
- **January 1, 2008 - *Harvard Law Bulletin***, "At Home in the World"
- **January 1, 2008 - *Harvard Law Bulletin***, "The Ultimate Cafeteria"
- **January 1, 2008 - *Harvard Law Bulletin***, "He was Kingsfield, but Also So Much More"
- **November 29, 2007 - *Harvard Law Record***, "Dean Starts Program to Boost Practitioners Into Academia"
- **October 1, 2007 - *Harvard Law Today***, "HLS Makes 11 New Faculty Appointments"
- **May 18, 2007 - *Harvard Crimson***, "HLS to Reduce Library Purchases"
- **May 2, 2007 - *Harvard Crimson***, "In Shift, HUDS Will Hatch Cage-Free Eggs"
- **May 1, 2007 - *Harvard Law Today***, "Wassersteins Give \$25 Million for Academic Center"
- **May 1, 2007 - *Harvard Law Today***, "Kathryn Spier to Join HLS Faculty"
- **April 26, 2007 - *Harvard Law Record***, "Legal Services Center Budget Cut by \$200K"
- **April 1, 2007 - *Harvard Law Bulletin***, "Reaching Out to Practitioners and Policy-Makers"
- **April 1, 2007 - *Harvard Law Bulletin***, "Diversified Portfolio"
- **March 23, 2007 - *Harvard Crimson***, "Alum Gives \$25M to Build Law Center"
- **February 23, 2007 - *Harvard Crimson***, "Law, Politics, and Debate Merge in HLS Journal"
- **February 15, 2007 - *Harvard Law Record***, "HLS Students Apply Their Skills in New Orleans"
- **February 14, 2007 - *Harvard Crimson***, "With Kagan at Helm, Law School Celebrates"
- **February 12, 2007 - *Harvard Crimson***, "Across Campus, Profs Praise Faust"
- **February 1, 2007 - *Harvard Law Today***, "Noah Feldman Joins the Harvard Law Faculty"
- **January 17, 2007 - *Harvard Crimson***, "Kagan Joins Critics of Boycott Proposal"
- **January 1, 2007 - *Harvard Magazine***, "A New Script for One L"
- **December 1, 2006 - *Harvard Law Today***, "Rethinking Langdell"
- **October 13, 2006 - *Harvard Law Website***, "Planning for 'Northwest Corner' Complex Moving Forward"

- **October 12, 2006 - *Harvard Law Record***, "Faculty Unanimously Overhauls First-Year Curriculum"
- **October 10, 2006 - *Harvard Crimson***, "Another Feather in Kagan's Cap"
- **October 1, 2006 - *Harvard Law Bulletin***, "Traffic on the Off-Ramp"
- **September 1, 2006 - *Harvard Law Today***, "Strict Construction"
- **September 1, 2006 - *Harvard Law Today***, "Fallon Joins American Academy of Arts and Sciences"
- **September 1, 2006 - *Harvard Law Today***, "Seven New Profs Join HLS Faculty Ranks"
- **June 5, 2006 - *Harvard Crimson***, "Law Review Debates Affirmative Action Policy"
- **June 1, 2006 - *Harvard Law Bulletin***, "Asia 2006"
- **Spring 2006 - *Harvard Journal of Law and Public Policy***, "The Conservative Influence of the Federalist Society on the Harvard Law School Student Body"
- **May 24, 2006 - *Harvard Crimson***, "Behind the Scenes, Bok Readies for His Role as Interim President"
- **April 1, 2006 - *Harvard Law Bulletin***, "David Westfall, 1927-2005"
- **April 1, 2006 - *Harvard Law Bulletin***, "Arthur T. von Mehren, 1922-2006"
- **April 1, 2006 - *Harvard Law Today***, "Spring Ahead," "Accepting Their Chairs," "Show Me the Money!"
- **March 9, 2006 - *Harvard Law Record***, "Harvard Law Reacts Strongly to Summers Departure"
- **March 6, 2006 - *Harvard Crimson***, "'HLS Dean Scott Nichols to Resign After 20 Years"
- **February 22, 2006 - *Harvard Crimson***, "Outside FAS, Support Was Strong for Summers"
- **February 21, 2006 - *Harvard Crimson***, "Report: Summers Set to Resign"
- **February 16, 2006 - *Harvard Law Record***, "First Circuit Relocates to HLS"
- **January 1, 2006 - *Harvard Law Today***, "New Center to Explore Intersections of Health, Technology, and Law," "HLS Students and Alumni Win Record Number of Public Service Fellowships"
- **December 9, 2005 - *Harvard Crimson***, "Law Students Snag Fellowships"
- **November 1, 2005 - *Harvard Law Today***, "A Summer Workout"
- **September 30, 2005 - *Harvard Law Record***, "No Excuse Not To Work Out: Hemenway Opens"
- **September 16, 2005 - *Harvard Crimson***, "New Institute Aims to Continue Houston's Work"
- **September 16, 2005 - *Harvard Crimson***, "Law School Adds Five Professors"
- **September 15, 2005 - *Harvard Gazette***, "HLS Adds Five New Professors to its Ranks"
- **September 12, 2005 - *Harvard Crimson***, "Senate to Commence Hearings on Roberts"
- **September 1, 2005 - *Harvard Law Today***, "Five New Professors Join HLS Faculty"
- **September 1, 2005 - *Harvard Law Today***, "Packing the Court"
- **August 25, 2005 - *Harvard Gazette***, "McCrossan Appointed Dean for Administration at HLS"
- **April 29, 2005 - *Harvard Crimson***, "Academy Honors 13 Harvard Faculty"
- **April 1, 2005 - *Harvard Law Bulletin***, "Can Reporters Refuse to Testify?"
- **April 1, 2005 - *Harvard Bulletin***, "Sowing the Seeds of Public Service at HLS"
- **February 17, 2005 - *Harvard Gazette***, "FAS, HLS to Renovate Hemenway Gymnasium"
- **February 10, 2005 - *Harvard Law Record***, "Fallon Appointed to Ralph S. Tyler, Jr. Professorship of Constitutional Law"
- **January 24, 2005 - *Harvard Crimson***, "Joint Law and FAS Degree Program Satisfies Students of Two Minds"
- **January 1, 2005 - *Harvard Law Today***, "Subramanian Joins Tenured Faculty"
- **January 1, 2005 - *Harvard Law Today***, "Cox Family Establishes Fund to Assist Students Pursuing Careers in Public Service"
- **December 10, 2004 - *Harvard Crimson***, "Icy Welcome for New Law Prof"

- **December 8, 2004 - *Harvard Crimson***, "Law Schools Looks for New Blood"
- **December 1, 2004 - *Harvard Crimson***, "Law Student Forced Off Panel"
- **December 1, 2004 - *Harvard Crimson***, "HLS Bans Military"
- **December 1, 2004 - *Harvard Law Today***, "Editors of Indian Law Handbook Convene"
- **December 1, 2004 - *Harvard Law Today***, "Election Round-Up"
- **December 1, 2004 - *Harvard Law Today***, "Big Plans Highlight Dean Elena Kagan's 2L Year"
- **November 23, 2004 - *Harvard Law Website***, "Editors of Indian Law Handbook Convene"
- **November 10, 2004 - *Harvard Crimson***, "Ice Skating Rink to Open in the Square"
- **November 2, 2004 - *Harvard Crimson***, "Kerry May Tap Kagan for Court"
- **September 30, 2004 - *Harvard Crimson***, "Military Recruits at HLS"
- **September 27, 2004 - *Harvard Crimson***, "Prof Admits to Misusing Source"
- **September 25, 2004 - *Harvard Law Record***, "Dean Renovates Hark, Creating Improved Facade for Student Center"
- **September 22, 2004 - *Harvard Crimson***, "Harkness, Law School's Locker, Gets Facelift"
- **September 21, 2004 - *Harvard Crimson***, "Professors Trade Pads"
- **September 16, 2004 - *Harvard Crimson***, "Big Plans Highlight Dean Elena Kagan's 2L Year"
- **September 15, 2004 - *Harvard Crimson***, "Law School Announces New Hires"
- **September 13, 2004 - *Harvard Crimson***, "Ogletree Faces Discipline for Copying Text"
- **September 1, 2004 - *Harvard Law Today***, "Students and Faculty Connect in First-Year Reading Groups"
- **September 1, 2004 - *Harvard Law Today***, "From an Old Building, New Spaces," "Three Professors Added to Tenured Faculty Ranks"
- **August 13, 2004 - *Harvard Crimson***, "HLS Undergoes Renovations"
- **July 30, 2004 - *Harvard Crimson***, "Obama Stars at Convention"
- **April 1, 2004 - *Harvard Law Bulletin***, "Corporate Law Professor Convenes Scholars, SEC Officials"
- **April 1, 2004 - *Harvard Law Bulletin***, "Why Harvard Law School Needs Your Money"
- **April 1, 2004 - *Harvard Law Bulletin***, "A New Ballgame"
- **March 11, 2004 - *Harvard Law Record***, "HLS Goes for the Gold"
- **March 1, 2004 - *Harvard Magazine***, "An Icy Amenity"
- **February 19, 2004 - *Harvard Law Record***, "Dean Richardson Steps Down"
- **February 5, 2004 - *Harvard Law Record***, "Great Skate!"
- **February 5, 2004 - *Harvard Law Record***, "Civil Rights Project Loses Edley, Marches On"
- **February 5, 2004 - *Harvard Law Record***, "Harvard Increases Joint Degree Programs"
- **January 22, 2004 - *Harvard Gazette***, "Lawyers on Ice"
- **January 16, 2004 - *Harvard Crimson***, "Law Students Lace Up Their Skates"
- **January 14, 2004 - *Harvard Crimson***, "Faculty File Brief Against Pentagon"
- **January 1, 2004 - *Harvard Law Today***, "School Wins Record Number of Skadden Fellowships"
- **November 20, 2003 - *Harvard Law Record***, "Kagan Targets 'Depressing' Hark"
- **November 20, 2003 - *Harvard Law Record***, "HLS Profs Mull Solomon Suit"
- **November 10, 2003 - *Harvard Crimson***, "Law Review Draws Fire for Gender Gap"
- **November 6, 2003 - *Harvard Law Record***, "Internal Law Review Report Leaked"
- **September 25, 2003 - *Harvard Law Record***, "Law Review's 'Enormous Problem'"
- **September 11, 2003 - *Harvard Law Record***, "Meet the Dean"
- **September 11, 2003 - *Harvard Law Record***, "Renovations Greet Returning Students"
- **September 1, 2003 - *Harvard Law Today***, "Ogletree Chosen to Head Brown v. Board Commission"
- **July 17, 2003 - *Harvard Gazette***, "HLS Launches Campaign to Raise \$400 Million"
- **July 1, 2003 - *Harvard Magazine***, "At the HLS Helm"

- **June 27, 2003 - *Harvard Crimson***, "Law School Launches \$400M Campaign"
- **June 5, 2003 - *Harvard Crimson***, "University Inches Toward Allston Decision"
- **June 5, 2003 - *Harvard Crimson***, "All Quiet on the Cambridge Front"
- **June 5, 2003 - *Harvard Crimson***, "People in the News: Elena Kagan"
- **May 1, 2003 - *Harvard Law Today***, "Elena Kagan Named the Next Dean of Harvard Law School"
- **April 28, 2003 - *Harvard Crimson***, "Letter to the Editor: HLS International Law Program Healthy"
- **April 24, 2003 - *Harvard Law Record***, "Student Input for Allston"
- **April 10, 2003 - *Harvard Law Record***, "Kagan Promises More Faculty, Reevaluation of 'Essential Structure'"
- **April 3, 2003 - *Harvard Gazette***, "Elena Kagan Named the Next Dean of Harvard Law School"
- **April 3, 2003 - *Harvard Law Record***, "It's Kagan"
- **March 25, 2003 - *Harvard Law Record***, "HLS Move to Allston Digs Imminent"
- **July 1, 2002 - *Harvard Law Bulletin***, "Cambridge v. Allston"
- **March 19, 2002 - *Harvard Crimson***, "Two Groups Weigh the Future of Harvard's Allston Land"
- **December 3, 2001 - *Harvard Crimson***, "Pressured, Law Profs Consider Relocation"
- **November 29, 2001 - *Harvard Law Record***, "HLS Zeros in on Allston"
- **October 25, 2001 - *Harvard Gazette***, "Kagan, Coates Are Appointed HLS Professors"
- **October 4, 2001 - *Harvard Law Record***, "Coates, Kagan Reap Benefits of Experience"

Question 12H - Harvard Law School Community-Wide Letters, Emails, and Other Communications

- **January 5, 2009** - Email to Harvard Law School Community
- **November 19, 2008** - Email to Faculty/Staff
- **October 28, 2008** - Email to Students
- **October 3, 2008** - Email to Students
- **October 1, 2008** - Email to Harvard Law School Community
- **September 26, 2008** - Email to Students
- **September 17, 2008** - Email to Students
- **June 29, 2008** - Email to Faculty/Staff
- **June 16, 2008** - Email to Faculty/Staff
- **May 13, 2008** - Email to Faculty/Staff
- **April 26, 2008** - Email to Faculty/Staff
- **April 8, 2008** - Email to Faculty/Staff
- **November 12, 2007** - Email to Faculty/Staff
- **September 28, 2007** - Email to Students
- **September 27, 2007** - Email to Harvard Law School Community
- **April 25, 2007** - Email to Faculty/Staff
- **March 13, 2007** - Email to Harvard Law School Community
- **November 15, 2006** - Email to Faculty/Staff
- **October 3, 2006** - Email to Harvard Law School Community
- **September 27, 2006** - Email to Students
- **September 11, 2006** - Email to Faculty/Staff
- **May 16, 2006** - Email to Faculty/Staff
- **April 3, 2006** - Email to Harvard Law School Community
- **March 7, 2006** - Email to Harvard Law School Community
- **November 15, 2005** - Email to Faculty/Staff
- **September 20, 2005** - Email to Harvard Law School Community
- **September 20, 2005** - Email to Harvard Law School Community
- **September 2, 2005** - Email to Harvard Law School Community
- **January 20, 2005** - Email to Faculty/Staff
- **January 3, 2005** - Email to Harvard Law School Community
- **September 28, 2004** - Email to Harvard Law School Community
- **June 8, 2004** - Email to Faculty/Staff

- **April 5, 2004** - Email to Faculty/Staff
- **February 23, 2004** - Email to Harvard Law School Community
- **February 17, 2004** - Email to Harvard Law School Community
- **February 6, 2004** - Email to Students
- **January 20, 2004** - Email to Harvard Law School Community
- **November 20, 2003** - Email to Faculty/Staff
- **November 13, 2003** - Email to Harvard Law School Community
- **October 6, 2003** - Email to Harvard Law School Community
- **September 9, 2003** - Email to Faculty/Staff

Question 12I - Letters, Pamphlets, Website Content, Articles, and Other Materials Distributed to the Harvard Law School Community

- **2009** - Dean's Letter
- **2009** - Admitted Students Binder
- **2008** - Admitted Students Binder
- **2008** - Student Letter
- **2008** - Year in Review
- **2007** - Admitted Students Binder
- **2007** - Student Letter
- **2007** - Year in Review
- **2006** - Student Letter
- **2006** - Year in Review
- **2005** - Student Letter
- **2005** - Year in Review
- **2004** - Letter to Admitted Students
- **2004** - Year in Review
- **Introduction** - Harvard Law School Public Service Job Guide

Question 15E - Practice Before Supreme Court of the United States, State High Courts, or Any State or Federal Courts of Appeals

- Oral Arguments
 - - **March 31, 2010** - No. 08-6261 - *Robertson v. United States*
 - **February 23, 2010** - No. 08-1498 and 08-1547 - *Holder v. Humanitarian Law Project*
 - **January 12, 2010** - No. 08-1224 - *United States v. Comstock*
 - **December 7, 2009** - No. 08-861 - *Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board*
 - **October 7, 2009** - No. 08-472 - *Salazar v. Buono*
 - **September 9, 2009** - No. 08-205 - *Citizens United v. Federal Election Commission*
- Merits Party Briefs
 - - No. 09-0367 - *Dolan v. United States*
 - No. 09-475 - *Monsanto Co. v. Geertson Seed Farms*
 - No. 09-60 - *Carachuri-Rosendo v. Holder*
 - No. 09-6338 - *Dillon v. United States*
 - No. 09-5201 - *Barber v. Thomas*
 - No. 08-1234 - *Kiyemba v. Obama*
 - No. 08-1457 - *New Process Steel LP v. National Labor Relations Board*
 - No. 08-1394 - *Skilling v. United States*
 - No. 08-1301 - *Carr v. United States*
 - Nos. 08-1498 & 08-1547 - *Holder v. Humanitarian Law Project & Humanitarian Law Project v. Holder*

- No. 08-1341 - **United States v. Marcus**
- No. 08-1569 - **United States v. O'Brien**
- No. 08-1322 - **Astrue v. Ratliff**
- No. 08-1196 - **Weyhrauch v. United States**
- No. 08-1119 & 08-1225 - **United States v. Milavetz, Gallop & Milavetz, P.A. & Milavetz, Gallop, & Milavetz, P.A. v. United States**
- No. 08-861 - **Free enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board**
- No. 08-876 - **Black v. United States**
- No. 08-964 - **Bilski v. Kappos**
- No. 08-1224 - **United States v. Comstock**
- No. 08-728 - **Bloate v. United States**
- No. 08-6925 - **Johnson v. United States**
- No. 08-205 - **Citizens United v. Federal Election Commission**
- No. 08-911 - **Kucana v. Holder**
- No. 08-674 - **NRG Power Marketing v. Maine Public Utilities Commission**
- No. 08-769 - **United States v. Stevens**
- No. 08-472 - **Salazar v. Buono**
- No. 08-0453 - **Cuomo v. Clearing House Association**
- No. 08-495 - **Nijhawan v. Holder**
- Nos. 07-984 & 07-990 - **Coeur Alaska, Inc. v. Southeast Alaska Conservation Council**
- Merits Amicus Briefs
 -
 - No. 09-150 - **Michigan v. Bryant**
 - No. 08-6261 - **Robertson v. United States ex rel. Watson**
 - No. 09-448 - **Hardt v. Reliance Standard Life Insurance Co.**
 - No. 08-1191 - **Morrison v. National Australia Bank, Ltd.**
 - No. 08-1332 - **City of Ontario, California v. Quon**
 - No. 08-998 - **Hamilton v. Lanning**
 - No. 09-38 - **Healthcare Service Corp. v. Pollit**
 - No. 08-1555 - **Samantar v. Yousuf**
 - Nos. 08-1553 & 08-1554 - **Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. v. Regal-Beloit Corp. & Union Pacific Railroad Co. v. Regal-Beloit Corp.**
 - No. 08-1470 - **Berghuis v. Thompson**
 - No. 08-1529 - **Hui v. Castaneda**
 - No. 08-974 - **Lewis v. City of Chicago**
 - No. 08-810 - **Conkright v. Frommert**
 - No. 07-11191 - **Briscoe v. Virginia**
 - No. 08-304 - **Graham County Soil and Water Conservation Dist. v. United States ex rel. Wilson**
 - No. 08-905 - **Merck & Co., Inc. v. Reynolds**
 - No. 08-1151 - **Stop the Beach Renourishment, Inc., v. Florida Department of Environmental Protection**
 - No. 08-661 - **American Needle, Inc. v. National Football League**
 - No. 08-1200 - **Jerman v. Carlisle**
 - No. 08-645 - **Abbott v. Abbott**
 - No. 08-1134 - **United Student Aid Funds, Inc. v. Espinosa**
 - No. 08-1175 - **Florida v. Powell**
 - Nos. 08-240 & 08-372 - **Mac's Shell Serv. v. Shell Oil Prods. Co. & Shell Oil Prods. Co. v. Mac's Shell Serv.**
 - No. 08-651 - **Padilla v. Kentucky**
 - No. 08-1065 - **Pottawattamie County v. McGhee**
 - No. 08-538 - **Schwab v. Reilly**
 - Orig. 132 - **State of Alabama v. State of North Carolina**
 - No. 08-678 - **Mohawk Indus. v. Carpenter**
 - No. 08-970 - **Perdue v. Kenny A.**

- No. 08-586 - ***Jones v. Harris Assoc.***
- No. 08-103 - ***Reed Elsevier Inc. v. Muchnick***
- No. 08-351 - ***Alvarez v. Smith***
- No. 08-559 - ***McDaniel v. Brown***
- No. 08-680 - ***Maryland v. Shatzer***
- No. 08-305 - ***Forest Grove School District v. T.A.***
- No. 08-660 - ***United States ex rel Eisenstein v. City of New York***
- No. 07-1529 - ***Montejo v. Louisiana***
- Merits Reply Briefs
 - No. 09-475 - ***Monsanto Company v. Geertson***
 - No. 08-1341 - ***United States v. Marcus***
 - No. 08-1569 - ***United States v. O'Brien***
 - Nos. 08-1498 & 09-89 - ***Holder v. Humanitarian Law Project***
 - No. 08-1224 - ***United States v. Comstock***
 - No. 08-911 - ***Kucana v. Holder***
 - No. 08-674 - ***NRG Power v. Main Public Utilities***
 - No. 08-472 - ***Salazar v. Buono***
 - No. 08-769 - ***United States v. Stevens***
 - No. 205 - ***Citizens United v. Federal Elections Commission***
- Petitions for Certiorari
 - No. 09-1279 - ***FCC v. AT&T***
 - No. 09-978 - ***United States v. Philip Morris USA, Inc.***
 - No. 09-940 - ***United States v. Juvenile Male***
 - No. 09-846 - ***United States v. Tohono O'Odham Nation***
 - No. 09-549 - ***United States v. Smith***
 - No. 09-530 - ***National Aeronautics and Space Administration v. Nelson***
 - No. 09-466 - ***United States v. Williams***
 - No. 09-377 - ***National Labor Relations Board v. Lauerl Bay Healthcare of Lake Lanier***
 - No. 09-244 - ***United States v. Bowden***
 - No. 09-160 - ***Department of Defense v. American Civil Liberties Union***
 - No. 09-54 - ***United States Department of the Interior v. Kerr-McGee Oil & Gas Corp.***
 - Nos. 08-1569 & 09-597 - ***United States v. O'Brien***
 - No. 08-1498 - ***Holder v. Humanitarian Law Project***
 - No. 08-1341 - ***United States v. Marcus***
 - Nos. 08-1335 - ***Astrue v. Wilson***
 - No. 08-1322 - ***Astrue v. Ratliff***
 - No. 08-1224 - ***United States v. Comstock***
 - No. 08-1225 - ***United States v. Milavetz Gallop & Milavetz***
- Reply Petitions
 - No. 09-846 - ***United States v. Tohono O'Odham Nation***
 - No. 09-549 - ***United States v. Smith***
 - No. 09- 530 - ***National Aeronautics and Space Administration v. Nelson***
 - No. 09-466 - ***United States v. Williams***
 - No. 09-377 - ***National Labor Relations Board v. Lauerl Bay Healthcare of Lake Lanier***
 - No. 09-244 - ***United States v. Bowden***
 - No. 09-160 - ***Department of Defense v. American Civil Liberties Union***
 - No. 09-54 - ***United States Department of the Interior v. Kerr-McGee Oil & Gas Corp.***
 - No. 08-1569 - ***United States v. O'Brien***

- No. 08-1498 - **Holder v. Humanitarian Law Project**
 - No. 08-1341 - **United States v. Marcus**
 - No. 08-1335 - **Astrue v. Wilson**
 - No. 08-1322 - **Astrue v. Ratliff**
 - No. 08-1224 - **United States v. Comstock**
 - No. 08-1225 - **United States v. Milavetz Gallop & Milavetz**
 - No. 08-769 - **United States v. Stevens**
- Briefs Filed at the Invitation of the Court
 - No. 08-1314 - **Williamson v. Mazda Motor of America, Inc.**
 - No. 08-1438 - **Sossamon v. Texas**
 - No. 09-109 - **Cardinal v. Metrish**
 - No. 08-1423 - **Costco Wholesale Corp v. Omega SA**
 - No. 09-400 - **Staub v. Proctor Hospital**
 - No. 08-1120 - **American Home Products Corp. v. Ferrari**
 - No. 08-1458 - **Missouri Gas Energy v. Schmidt**
 - No. 08-6261 - **Robertson v. United States ex rel. Watson**
 - No. 08-1191 - **Morrison v. National Australia Bank, Ltd.**
 - No. 08-998 - **Hamilton v. Lanning**
 - No. 08-7683 - **Patton v. Harris**
 - No. 08-974 - **Lewis v. City of Chicago**
 - Nos. 08-1529 & 08-1547 - **Hui v. Castaneda & Henneford v. Castaneda**
 - No. 08-448 - **Cable News Network, Inc. v. CSC Holdings, Inc.**
 - No. 08-603 - **Vos v. Barg**
 - No. 08-640 - **Federal Insurance Co. v. Kingdom of Saudi Arabia**
 - No. 08-730 - **American Bankers Association v. Brown**
 - No. 08-645 - **Abbott v. Abbott**
 - Nos. 08-626 & 08-759 - **Level 3 Communications, LLC v. City of St. Louis & Sprint Telephone PCS, L.P. v. County of San Diego**
 - No. 08-661 - **American Needle, Inc. v. NFL**
 - Nos. 08-803, 08-810 & 08-826 - **Frommert v. Konkright, Konkright v. Frommert & Pietrowski v. Konkright**
 - No. 08-576 - **Fin-Ag, Inc. v. Pipestone Livestock Auction Market**
 - No. 08-304 - **Graham County Soil & Water Conservation District v. United States ex rel. Wilson**
 - Nos. 08-240 & 08-372 - **Mac's Shell Service v. Shell Oil & Shell Oil v. Mac's Shell Service**
 - No. 07-1489 - **Trainer Wortham Co. v. Betz**
- Miscellaneous Filings
 - No. 08-1457 - **New Process Steel Co. v. National Labor Relations Board**, Letter brief addressing new developments related to case
 - No. 08-1457 - **New Process Steel Co. v. National Labor Relations Board**, Letter re: outside developments related to case
 - No. 08-304 - **Graham County Soil & Water Conservation District v. United States ex rel. Wilson**, Letter re: outside developments related to case
 - No. 22-0001 - **Wisconsin v. Illinois**, 22-0002 **Michigan v. Illinois**, 22-0003 **New York v. Illinois**, Opposition to motion to reopen
 - No. 09-8367 - **Welton v. United States**, Letter, re: outside developments related to case
 - No. 22-0001 - **Wisconsin v. Illinois**, 22-0002 **Michigan v. Illinois**, 22-0003 **New York v. Illinois**, Memorandum in opposition to renewed motion for preliminary injunction
 - No. 09-8548 - **Brown v. United States**, Memorandum in opposition to motion to seal
 - No. 09-0513 - **Perkins v. Department of Veterans Affairs**, Letter re: outside developments related to case

- No. 08-1234 - **Kiyemba v. Obama**, Letter re: outside developments related to case
- No. 08-1234 - **Kiyemba v. Obama**, Letter re: outside developments related to case
- No. 22-0001 - **Wisconsin v. Illinois**, 22-0002 **Michigan v. Illinois**, 22-0003 **New York v. Illinois**, Letter re: outside developments related to case
- No. 08-1224 - **United States v. Comstock**, Letter re: outside developments related to case
- No. 22-0001 - **Wisconsin v. Illinois**, 22-0002 **Michigan v. Illinois**, 22-0003 **New York v. Illinois**, Corrected memorandum in opposition to motion for preliminary injunction
- No. 22-0001 - **Wisconsin v. Illinois**, 22-0002 **Michigan v. Illinois**, 22-0003 **New York v. Illinois**, Letter re: corrected memorandum in opposition to motion for preliminary injunction
- No. 22-0001 - **Wisconsin v. Illinois**, 22-0002 **Michigan v. Illinois**, 22-0003 **New York v. Illinois**, Letter re: correction
- No. 22-0123 - **Alabama v. North Carolina**, Letter re: Assistant Solicitor General's Rule 7 violation
- No. 22-0001 - **Wisconsin v. Illinois**, 22-0002 **Michigan v. Illinois**, 22-0003 **New York v. Illinois**, Memorandum in opposition to motion for preliminary injunction
- No. 09A0484 - **Chekkouri v. Obama** (under seal), Letter re: outside developments related to case
- No. 08-0304 - **Graham County Soil & Water Conservation District v. United States ex rel Wilson**, Letter re: post-argument clarification
- No. 08-7757 - **Watts v. United States**, Supplemental memorandum
- No. 09A0484 - **Chekkouri v. Obama** (under seal), Opposition to motion to unseal; Opposition to motion for stay
- No. 09-0098 - **Scurlark v. United States**, Letter re: outside developments related to case
- No. 09-160 - **Department of Defense v. American Civil Liberties Union**, Letter re: outside developments related to case
- No. 09-0324 - **Fulks v. United States**, Response to application for stay
- No. 09-160 - **Department of Defense v. American Civil Liberties Union**, Letter re: outside developments related to case
- No. 08-1234 - **Kiyemba v. Obama**, Letter re: outside developments related to case
- No. 08-1234 - **Kiyemba v. Obama**, Letter re: outside developments related to case
- No. 09A0244 - **Gathungu v. Holder**, Response to application for stay
- No. 08-1453 - **Rollins v. United States**, Letter with corrected copies of brief originally filed
- No. 08-1427 - **Brockman v. United States**, Letter re: outside developments related to case
- No. 08-1322 - **Astrue v. Ratliff**, Letter re: outside developments related to case
- No. 08-1335 - **Astrue v. Wilson**, Letter re: outside developments related to case
- No. 08-1498 - **Holder v. Humanitarian Project** (and 09-09 **HLP v. Holder**), Letter re: Assistant Solicitor General's Rule 7 violation
- No. 08-1513 - **Center for Auto Safety v. Chrysler**, Letter expressing no objection to dismissal
- No. 08-11105 - **Barriteau v. Holder** (09A121), Response to application for stay
- No. 09A0061 - **Gonzalez-Mira v. Holder**, Letter re: outside developments related to case
- No. 08-1384 - **O'Bryan v. Holy See**, Letter waiving right to respond to cert petition
- No. 08-1196 - **Weyrauch v. United States**, Response to motion to modify the questions presented
- No. 08-1234 - **Kiemba v. Obama**, Letter re: outside developments related to case
- No. 08-1234 - **Kiemba v. Obama**, Letter re: outside developments related to case
- No. 08A1096 - **Indiana State Police Pension Trust v. Chrysler**, Supplemental memorandum in opposition to application for stay
- No. 08A1096 - **Indiana State Police Pension Trust v. Chrysler**, Memorandum in opposition to application for stay

- No. 08-769 - **United States v. Stevens**, Letter proposing to lodge material with Clerk relevant to case
- No. 08-876 - **Black v. United States**, Memorandum in opposition to bail
- No. 08A0899 - **Diaby v. Holder**, Response to application for stay
- No. 08-5411 - Woods v. United States, Letter re: outside developments related to case
- No. 08A863 - **United States v. Comstock**, Application for stay
- No. 08A0793 - **Williams v. Holder**, Sur-reply in opposition to application for stay
- No. 08A0794 - **Department of Health and Human Services v. Alley**, Response to application for stay
- **Responses to Cert Petitions**
 -
 - Table of Cert Responses
 - IFP Cert Responses
 - Paid Cert Responses

Question 15F - Supreme Court Briefs

- **2006** - Amicus Brief - **Rumsfeld v. FAIR**

Question 15G - Activity of the Solicitor General's Office

- **March 19, 2009-May 13, 2010** - Report of Decisions issued by the Office of the Solicitor General

Question 18 - Teaching

- Course Syllabus - **Administrative Law**
- Course Syllabus - **Constitutional Law**
- Course Syllabus - **Civil Procedure**
- Course Syllabus - **Labor Law**
- Course Syllabus - **Presidential Lawmaking**
- Course Syllabus - **The President and the Law**

Audio and Video Files (available upon request)

- **February 2, 2010 - Remarks** - U.S. Department of Justice Civil Division Orientation for New Attorneys
- **August 10, 2009 - Remarks** - Attorney General's Summer Intern Lecture Program
- **July 31, 2009 - Ceremony** - Social Security Administration Administrative Law Judges Graduation
- **May 6, 2009 - Introduction** - Of Neal Katyal, U.S. Department of Justice National Asian-American Heritage Month Event
- **December 3, 2008 - Remarks** - Faculty Chair Lecture (Cass Sunstein)
- **November 19, 2008 - Remarks** - Harvard Law School Medal of Freedom Award Presentation to Pakistani Chief Justice Iftikhar Chaudhry
- **November 12, 2008 - Remarks** - Introduction of the Francis W. Biddle Memorial Lecture, given by Ian Ayres
- **October 29, 2008 - Remarks** - Faculty Chair Lecture (Jon Hanson)
- **October 25, 2008 - Q&A with the Dean** - Harvard Law School Alumni Reunions
- **October 24, 2008 - Panel Moderator** - Supreme Insights: Examining the Future of America's Highest Court
- **October 17, 2008 - Remarks** - Introduction of Sandra Day O'Connor, Harvard Law School Charles Hamilton Houston Institute Conference
- **October 14, 2008 - Remarks** - Faculty Chair Lecture (Yochai Benkler)
- **October 2, 2008 - Remarks** - Introduction of the Herbert W. Vaughan Lecture, given by Justice Scalia
- **October 1, 2008 - Panel Moderator** - The Financial Crisis: Causes and Cures

- **September 26, 2008 - Remarks** - Conference Honoring Morton Horwitz
- **September 22, 2008 - Dean's Forum** - Inside the Laws and Policies of Televised Presidential Debates
- **September 21, 2008 - Remarks** - Harvard Law School Alumni "Celebration 55," Presentation of Alumni Award to Congresswoman Jane Harman
- **September 20, 2008 - Q&A** - With Justice Ginsburg, Harvard Law School Alumni "Celebration 55"
- **September 19, 2008 - Remarks** - Harvard Law School "Celebration 55:" Presentation of Alumni Award to Rita E. Hauser
- **September 19, 2008 - Welcome and Remarks** - Harvard Law School Alumni "Celebrating 55: Women's Leadership Summit," Opening Luncheon, Q&A with the Dean
- **September 19, 2008 - Welcome and Remarks** - Harvard Law School Alumni "Celebration 55: Women's Leadership Summit"
- **September 17, 2008 - Remarks** - Harvard Law School Public Service Orientation
- **September 16, 2008 - Introduction** - Faculty Chair Lecture (Noah Feldman)
- **September 12, 2008 - Remarks** - "Microsoft 10 Years Later" Conference
- **September 9, 2008 - Panel Moderator** - Dean's Forum: The Role of the Courts in the War on Terror
- **June 4, 2008 - Remarks** - Harvard Law School Graduating Students Class Day
- **May 3, 2008 - Q&A with the Dean** - Alumni Reunion
- **May 2, 2008 - Remarks** - Alumni Lunch
- **April 18, 2008 - Remarks** - International Law Journal Conference
- **April 2, 2008 - Introduction** - Faculty Chair Lecture (Carol Steiker)
- **March 15, 2008 - Q&A with the Dean** - Harvard Law School Public Interest Reunion
- **March 14-15, 2008 - Remarks** - Introduction of Bryan Stevenson and Bill Weld at the Harvard Law School Public Interest Reunion
- **March 14, 2008 - Remarks** - Conversation with Jennifer Granholm at the Harvard Law School Public Interest Reunion
- **March 11, 2008 - Remarks** - Introduction of Q&A with Justice Kennedy
- **February 27, 2008 - Introduction** - Faculty Chair Lecture (George Triantis)
- **February 4, 2008 - Introduction** - Faculty Chair Lecture (John Coates)
- **December 3, 2007 - Introduction** - Faculty Chair Lecture (Gerry Neuman)
- **November 13, 2007 - Dean's Forum** - Dealing with Terrorism: What Congress and the President Should Do
- **October 29, 2007 - Introduction** - Faculty Chair Lecture (Mark Tushnet)
- **October 27, 2007 - Q&A with the Dean** - Harvard Law School Alumni Reunion
- **October 26, 2007 - Remarks** - Conversation with Michael Kinsley
- **September 19, 2007 - Remarks** - Harvard Law School Public Service Orientation
- **September 17, 2007 - Introduction** - Faculty Chair Lecture (Janet Halley)
- **September 6, 2007 - Remarks** - Harvard Law School Class Day
- **September 6, 2007 - Remarks** - Unveiling of the Charles Hamilton Houston Portrait
- **April 28, 2007 - Q&A with the Dean** - Harvard Law School Alumni Reunion
- **April 23, 2007 - Remarks** - Program on Negotiation: Great Negotiator Award, received by Bruce Wasserstein
- **April 16, 2007 - Introduction** - Faculty Chair Lecture (Ryan Goodman)
- **April 13, 2007 - Welcome** - American Bar Association Conference: Children and the Law
- **April 9, 2007 - Remarks** - John Dewey Lecture in Philosophy of Law, given by Robert George
- **April 7, 2007 - Remarks** - Harvard Law School Charles Hamilton Houston Institute 150th Anniversary of Dred Scott Event
- **March 6, 2007 - Remarks** - Harvard Law School/Applesseed Inaugural Lecture, given by Joel Klein
- **November 30, 2006 - Remarks** - Q&A with Justice Scalia
- **November 7, 2006 - Introduction** - Faculty Chair Lecture (Joseph Singer)
- **October 28, 2006 - Q&A with the Dean** - Harvard Law School Alumni Reunion (Audio Only)
- **October 25, 2006 - Remarks** - Reception Celebrating the Establishment of the Rite E. Hauser Professorship of Human Rights and Humanitarian Law

- **October 3, 2006 - Remarks** - Introduction of Oliver Wendell Holmes Lecture, given by Bruce Ackerman
- **September 21, 2006 - Remarks** - Introduction of Israeli Supreme Court President Aharon Barak
- **September 19, 2006 - Remarks** - Harvard Law School Public Service Orientation
- **September 8, 2006 - Introduction** - Faculty Chair Lecture (Einer Elhauge)
- **June 7, 2006 - Remarks** - Introduction of Linda Greenhouse, Harvard Law School Graduating Student Class Day
- **April 12, 2006 - Remarks** - Opening of Navajo Supreme Court Session
- **April 5, 2006 - Q&A** - A Conversation with Mark Warner
- **March 20, 2006 - Introduction** - Faculty Chair Lecture (David Rosenberg)
- **February 25, 2006 - Remarks** - U.N. Reform and Human Rights Conference
- **November 9, 2005 - Panel Moderator** - Dean's Forum: Executive Power, Detention and Interrogation
- **October 5, 2005 - Remarks** - Great Lawyers Forum with Newton Minow
- **October 3, 2005 - Panel Moderator** - Dean's Forum: The U.S. Supreme Court's 2005 Term
- **September 28, 2005 - Panel Moderator** - Anglo-American Legal Exchange Panel, with Justices Breyer and Scalia, and British counterparts
- **September 17, 2005 - Remarks** - Harvard Law School Celebration of Black Alumni & Alumni Award to Senator Barack Obama
- **September 15, 2005 - Remarks** - Harvard Law School Charles Hamilton Houston Institute Event
- **April 16, 2005 - Q&A with the Dean** - Harvard Law School Reunions
- **October 14, 2004 - Welcome** - Conference on the Past, Present & Future of Jewish Settlements in the West Bank and Gaza
- **October 5, 2004 - Panel Moderator** - Dean's Forum: U.S. Supreme Court's 2004 Term
- **April 23, 2004 - Remarks** - Alumni Reunions Luncheon -
- **April 21, 2004 - Panel Moderator** - Dean's Forum: David Kennedy: The Dark Side of Virtue
- **April 13-17, 2004 - Various Remarks** - Brown v. Board of Education at 50 Conference
- **March 11, 2004 - Panel Moderator** - Dean's Forum: Charles Fried: Saying What the Law Is: The Constitution in the Supreme Court
- **February 17, 2004 - Panel Moderator** - Dean's Forum: Gender in the Classroom
- **February 5, 2004 - Panel Moderator** - Dean's Forum: Goodridge v. Dept. of Public Health
- **October 20, 2003 - Panel Moderator** - Dean's Forum: Judicial Confirmation Process
- **October 15, 2003 - Introduction** - Faculty Chair Lecture (Terry Fisher)
- **October 9, 2003 - Panel Moderator** - Dean's Forum: Supreme Court's 2003 Term
- **October 2, 2003 - Panel Moderator** - Letters to a Young Lawyer Discussion for First-Year Harvard Law School Lawyers

Letters from Individuals and Organizations

- August 3, 2010 - **Joint Letter** [AFL-CIO; AFSCME; Alliance for Justice; American-Arab Anti-Discrimination Committee; American Association for Affirmative Action; American Federation of Government Employees, AFL-CIO; Americans for Democratic Action, Inc.; Bazelon Center for Mental Health Law; Constitutional Accountability Center; Earth Day Network; Equal Justice Society; Feminist Majority; Human Rights Campaign; International Union, United Automobile, Aerospace & Agricultural Implement Workers of America, UAW; Japanese American Citizens League; Juvenile Law Center; Legal Momentum; NAACP; National Association of Human Rights Workers; National Center for Lesbian Rights; National Congress of Black Women; National Council of Jewish Women; National Council on Independent Living; National Education Association; National Fair Housing Alliance; National Organization for Women; National Partnership for Women & Families; National Urban League; National Women's Law Center; National Youth Advocacy Coalition; People for the American Way; Sargent Shriver National Center for Poverty Law; Service Employees International Union (SEIU); TASH; Leadership Conference on Civil and Human Rights; United Food and Commercial Workers International Union; US Action; Women Employed; Women's Law Project]
- August 3, 2010 - **Joint Letter from Harvard Law School Alumni**
- August 2, 2010 - **The Leadership Conference on Civil and Human Rights**

- August 2, 2010 - **Joint Letter** [National Women's Law Center; Black Women's Health Imperative; Coalition of Labor Union Women; Feminist Majority Foundation; Jewish Women International; Legal Momentum; National Asian Pacific Women's Foundation; National Association of Women Lawyers; National Congress of Black Women, Inc.; National Council of Jewish Women; National Council of Women's Organizations; National Latina Institute for Reproductive Health; National Organization of Women (NOW); National Partnership for Women and Families; National Women's Political Caucus; Older Women's League; Turning Anger Into Change; Wider Opportunities for Women; Women Employed; Women's Law Center of Maryland, Inc; Women's Research & Education Institute (WREI)]
- July 22, 2010 - **National Asian Pacific American Bar Association**
- July 20, 2010 - **People for the American Way**
- July 20, 2010 - **National Association for the Advancement of Colored People (NAACP)**
- July 19, 2010 - **Joint Letter from Environmental Organizations** [Defenders of Wildlife, Audubon, Greenpeace USA, Earthjustice, League of Conservation Voters, Endangered Species Coalition, Sierra Club, Friends of the Earth, The Wilderness Society, Advocates for the West, Alaska Center for the Environment, Alaska Wildlife Alliance, KEntucky Resources Council, Inc., Audubon Society of Rhode Island, Magic, Californians for Alternatives to Toxics, McKenzie Guardians, Citizens for Public Resources, Midwest Environmental Advocates, Conservation Northwest, Montana Environmental Information Center, Endangered Habitats League, Northwest Environmental Advocates, Friends of Blackwater, Oregon Wild, Great Old Broads for Wilderness, Public Lands Without Livestock, Green Delaware, Soda Mountain Wilderness Council, Gulf Restoration Network, WaterWatch of Oregon, Idaho Conservation League, WildEarth Guardians, Idaho Rivers United, The Xerces Society for Invertebrate Conservation]
- July 16, 2010 - **Human Rights Campaign**
- July 12, 2010 - **Service Employees International Union**
- July 12, 2010 - **Judge David L. Bazelon Center for Mental Health Law**
- July 6 - 2010 - **John D. Podesta**, President and CEO, Center for American Progress Action Fund
- July 6, 2010 - **Constitutional Accountability Center**
- July 2, 2010 - **The White House Project**
- July 2, 2010 - **United South and Eastern Tribes, Inc.**
- July 1, 2010 - **Zachary W. Prager**, Harvard Law School Alumnus
- July 1, 2010 - **National Right to Work Committee**
- July 1, 2010 - **National Rifle Association**
- July 1, 2010 - **National Congress of American Indians**
- July 1, 2010 - **Hispanic National Bar Association**
- July 2010 - **American Conservative Union**
- June 30, 2010 - **First Lieutenant David Tressler**, Harvard Law School Alumnus
- June 30, 2010 - **Liz J. Abzug**
- June 29, 2010 - **New American Alliance**
- June 29, 2010 - **Joint Letter from Law School Professors**
- June 29, 2010 - **Lam Ho**, Harvard Law School Alumnus
- June 29, 2010 - **Center for Military Readiness**
- June 28, 2010 - **David Rosenberg**, Lee S. Kreindler Professor of Law, Harvard Law School
- June 28, 2010 - **Leadership Conference on Civil and Human Rights**
- June 25, 2010 - **Staci Patterson Rucker**, Harvard Law School Alumnus
- June 28, 2010 - **Bill of Rights Defense Committee**
- June 26, 2010 - **American Association of Christian Schools**
- June 25, 2010 - **National Senior Citizens Law Center**
- June 25, 2010 - **National Partnership for Women & Families**
- June 25, 2010 - **National LGBT Bar Association**
- June 25, 2010 - **National District Attorneys Association**
- June 25, 2010 - **Military Families United**
- June 25, 2010 - **Michael W. McConnell**, Professor of Law, Stanford Law School
- June 25, 2010 - **Liberty Counsel**
- June 25, 2010 - **Legal Defense Fund**
- June 25, 2010 - **Joint Letter from Former Assistants to the Solicitor General and Deputy Solicitors General** [Donald B. Ayer, Lisa Blatt, Richard P. Bress, Louis R. Cohen, Carolyn F. Corwin, Paul A. Engelmayer, Roy T. Englert, Jr., Barbara E. Etkind, H. Bartow Farr, James A.

- Feldman, Andrew L. Frey, Jerrold J. Ganzfried, Kenneth S. Geller, Irv Gornstein, Douglas Hallward-Driemeier, Alan I. Horowitz, Alan Jenkins, George W. Jones, Jr., Daryl Joseffer, Michael K. Kellog, Robert H. Klonoff, Bruce N. Kuhlik, Philip A. Lacovara, Jeffrey A. Lamken, Albert G. Lauber, Michael R. Lazerwitz, Robert A. Long, Jr., Maureen Mahoney, Ronald J. Mann, Jonathan Marcus, Deanne E. Maynard, Michael W. McConnell, Thomas W. Merrill, Patricia A. Millet, Gerald P. Norton, Jonathan E. Nuechterlein, Carter G. Phillips, Andrew J. Pincus, Charles A. Rothfeld, John P. Rupp, Elliot Schulder, Joshua Schwartz, David L. Shapiro, Harriet S. Shapiro, Howard E. Shapiro, Stephen M. Shapiro, Cliff Sloan, Sri Srinivasan, David A. Strauss, Richard G. Taranto, Stephen L. Urbanczyk, Amy L. Wax, Paul R.Q. Wolfson, Christopher J. Wright]
- June 25, 2010 - **The Ethics & Religious Liberty Commission**
 - June 24, 2010 - **Carol Steiker**, Howard J. and Katherine W. Aibel Professor of Law, Harvard Law School
 - June 24, 2010 - Joint Letter from Harvard Law School Alumni [Kevin M. Lovecchio, Joshua S. Gottheimer, Wade Ackerman, Jocelyn Benson, Anjan Choudhury, James Gignac, Brandon Hofmeister, Dan Rearick, John S. Williams, Charlotte S. Alexander, Allison Elgart, Lee Rudofsky, Clifford Sarkin, Voltaire R. Sterling, Beth A. Stewart, Jill Tauber, Ryan L. VanGrack, Nisha Agarwal, David S. Burd, Eun Young Choi, Adam Harber, Eric R. Haren, Jeffrey E. Jamison, Tracy Larson, Shawn O'Connor, Rachel Rebouche, Lowell J. Schiller, Zoe Segal-Reichlin, Michael Steven Stein, Daniel F. Benavides, Damaris M. Diaz, Elizabeth Dodson, Vibhuti Jain, Bryce Klemner, Adam R. Lawton, John A. Matthews II, Michele A. Murphy, Alexi Nunn, Miriam Seifter, Lucy Stark, Ryan D. Taylor, James Weingarten, Amy C. Barker, Kathryn Baugher, Margaux Hall, Sarah M. Isgur, Rochelle Lee, Derek Lindblom, Sandra Pullman, Ganesh Sitaraman, Alex Spiro, Brandon Weiss, Andrew M. Woods]
 - June 24, 2010 - **Equal Justice Works**
 - June 23, 2010 - **National Right to Life Committee, Inc.**
 - June 23, 2010 - **Joint Letter from Former Supreme Court Law Clerks** [Sharon L. Beckman, Richard D. Bernstein, Albert J. Boro, Jr., Emily Buss, Paul T. cappuccio, Steven T. catlett, dan C. Chung, Richard A. Cordray, Michael P. doss, Gregory S. Dovel, J. Anthony Downs, Einer R. Elhauge, Mark H. Epstein, Miguel A. Estrada, Abner S. Green, Joseph R. Guerra, Ann M. Kappler, Peter D. Keisler, Ronald A. Klain, Harry Litman, Alan C. Michaels, R. Charles Miller, Randolph D. Moss, Teresa Wynn Rosenborough, E. Joshua Rosenkranz, Carol S. Steiker, William L. Taylor, Robert H. Tiller, E. Lawrence Vincent]
 - June 22, 2010 - **Joint Letter from Former Solicitors General** [Charles Fried, 1985-1989; Kenneth W. Starr, 1989-1993; Drew S. Days III, 1993-1996; Walter Dellinger, 1996-1997; Seth P. Waxman, 1997-2001; Theodore B. Olson, 2001-2004; Paul Clement, 2004-2008; Gregory G. Garre, 2008-2009]
 - June 17, 2010 - **Joint Letter from Members of the U.S. House of Representatives** [Rep. Adam B. Schiff, Rep. James P. McGovern, Rep. Howard L. Berman, Rep. William D. Delahunt, Rep. Janice D. Schakowsky, Rep. Henry A. Waxman, Rep. David E. Price, Rep. Michael M. Honda, Rep. Mike Quigley, Rep. Mazie Hirono, Rep. Jacki Speier, Rep. Grace F. Napolitano, Rep. Phil Hare, Rep. Tammy Baldwin, Rep. Patrick J. Kennedy, REp. Debbie Wasserman Schultz, Rep. Lucille Roybal-Allard, Rep. Lynn C. Woolsey, Rep. Fortney Pete Stark, Rep. Steve Israel, Rep., Gary L. Ackerman, Rep. Joe Baca, Rep. John Garmendi, Rep. Rush D. Holt, Rep. Dennis Moore, Rep. Carolyn McCarthy, REp. Charles B. Rangel, Rep. Nita M. Lowey, Rep. Joseph Crowley, Rep. Alcee L. Hastings, Rep. Anthony D. Weiner, Rep. Anna G. Eshoo, Rep. Frank Pallone, Jr., Rep. Loretta Sanchez, Rep. Susan A. Davis, Rep. John B. Larson, Rep. Sam Farr, Rep. John W. Olver, Rep. Jim McDermott, Rep. John Conyers, Jr., Rep. Xavier Becerra, Rep. Jay Inslee, Rep. Silvestre Reyes, Rep. C.A. Dutch Ruppersberger, Rep. Ciro D. Rodriguez, Rep. Maurice D. Hinchey, Rep. Solomon P. Ortiz, Rep. Chris Van Hollen, Rep. Eliot L. Engel, Rep. Tim Ryan, Rep. Edward J. Markey, Rep. Rosa L. DeLauro, Rep. Elijah E. Cummings, Rep. Wm. Lacy Clay, Rep. Bill Pascrell, Jr., Rep. Charles A. Gonzalez, Rep. James P. Moran, Rep. Alan Grayson, Rep. Robert E. Andrews, Rep. Earl Blumenauer, Rep. Jane Harman, Rep. Bob Filner, Rep. Donald M. Payne, Rep. Chaka Fattah, REp. Carolyn B. Maloney, Rep. Jose E. Serrano, Rep. Linda J. Sanchez, Hon. Pedro R. Pierluisi, Rep. Henry C. "Hank" Johnson, Jr., Rep. Lois Capps, Rep. Steve Cohen, Rep. Jared Polis, Rep. Mike Thompson, REp. Doris O. Matsui, Rep. John Lewis]
 - June 17, 2010 - **William Harrison**, Adjunct Professor of Law, William S. Richardson School of Law, University of Hawai'i at Manoa
 - June 16, 2010 - **Patricia O'Hara**, Professor of Law, University of Notre Dame, The Law School

- June 15, 2010 - **National Jewish Democratic Council**
- June 11, 2010 - **National Minority Law Group**
- June 11, 2010 - **All Indian Pueblo Council**
- June 10, 2010 - **National Council of Jewish Women**
- June 9, 2010 - **Patricia M. Wald**, Judge, U.S. Court of Appeals (D.C. Circuit) (ret.)
- June 8, 2010 - **David C. Frederick**, Kellogg, Huber, Hansen, Todd, Evans & Figel, P.L.L.C.
- June 8, 2010 - **Brian Fitzpatrick**, Assistant Professor of Law, Vanderbilt University
- June 7, 2010 - **Joint Letter from Law School Deans** [Larry D. Kramer, Stanford Law School; Linda L. Ammons, Widener University School of Law; Judith Areen, Georgetown University Law Center; Hannah R. Arterian, Syracuse University; John Charles Boger, University of North Carolina Chapel Hill School of Law; Jeffrey S. Brand, University of San Francisco School of Law; Penelope Byran; Whittier Law School; Evan Caminker, University of Michigan Law School; John Carroll; Samford University; Hiram E. Codosh, University of Utah S. J. Quinney College of Law; Phillip J. Closius, University of Baltimore School of Law; John E. Corkery, The John Marshall Law School; Nora V. Demleitner, Hofstra University School of Law; Matthew Diller, Benjamin N. Cardozo School of Law; John M. A. DiPippa, University of Arkansas at Little Rock; JoAnne A. Epps, Temple University Beasley School of Law; Melissa Essary, Campbell Law School; Michael Fitts, University of Pennsylvania Law School; Bryant G. Garth, Southwestern Law School; Arthur R. Gaudio, Western New England College, School of Law; Kenneth Gormley, Duquesne University School of Law; Claudio Grossman, American University, Washington College of Law; Phoebe A. Haddon, University of Maryland School of Law; Lawrence K. Hellman, Oklahoma City University School of Law; Joan W. Howarth, Michigan State University College of Law; Eric S. Janus, William Mitchell College of Law; Robert H. Jerry, II, Levin College of Law, University of Florida; George R. Johnson, Jr., Elon University; Martin Katz, University of Denver Sturm College of Law; Harold J. Krent, Chicago-Kent College of Law, IIT; Robert H. Klonoff, Lewis and Clark Law School; David F. Levi, Duke Law School; Paul G. Mahoney, University of Virginia School of Law; Leo P. Martinez, University of California Hastings College of Law; Richard A. Matasar, New York Law School; Philip McConaughay, The Dickinson School of Law; Joyce E. McConnell, West Virginia University College of Law; Martha Minow, Harvard Law School; Blade D. Morant, Wake Forest University School of Law; Makau Mutua; University at Buffalo Law School, The State University of New York; Charles I. Nelson, Faulkner University, Jones School of Law; Maureen A. O'Rourke, Boston University School of Law; Margaret L. Paris, University of Oregon School of Law; Jeremy Paul, University of Connecticut School of Law; Raymond C. Pierce, North Carolina Central University School of Law; Peter Pitegoff, University of Maine School of Law; Robert Post, Yale Law School; Richard L. Revesz, New York University School of Law; Jim Rosenblatt, Mississippi College School of Law; Irma S. Russell, University of Montana School of Law; Lawrence Sager, The University of Texas School of Law; Michael H. Schill, The University of Chicago Law School; David M. Schizer, Columbia University School of Law; Kurt L. Schmoke, Howard University School of Law; Jay Sonison, Valparaiso University School of Law; Emily A. Spieler, Northeastern University School of Law; Athornia Steele, Nova Southeastern University, Shepard Broad Law Center; Kathleen Sullivan, Stanford Law School; Symeon Symeonides; Willamette University College of Law; William M. Treanor, Fordham University School of Law; Dr. Roberto P. Aponte Toro, University of Puerto Rico School of Law; Barry Vickrey, University of South Dakota School of Law; Kevin Washburn, University of New Mexico School of Law; Jack M. Weiss, Louisiana State University, Paul M. Herbert Law Center; Joan G. Wexler, Brooklyn Law School; Patricia White, University of Miami School of Law; Rebecca White, University of Georgia School of Law; David Yellen, Loyola University Chicago School of Law]
- June 3, 2010 - **National Association of Social Workers**
- June 2, 2010 - **Women's Bar Association of the District of Columbia**
- June 2, 2010 - **OWL**, The Voice of Midlife and Older Women
- June 1, 2010 - **Judicial Action Group**
- May 24, 2010 - **Jerome Shestack**, Schnader Attorneys At Law
- May 19, 2010 - **National Association of Women Judges**
- May 18, 2010 - **Hip Hop Entertainment Law Project**
- May 14, 2010 - **Miguel Estrada**
- May 10, 2010 - **Gonzalo I. Vergara**, Lt. Col USAF (Ret.)

ABSTRACT AND SELECTED BIBLIOGRAPHY

INTRODUCTION

The Spanish Constitution of 1978 embodied an abstract and centralized constitutional control system entrusted to the Constitutional Court (Tribunal Constitucional de España). The Court is composed by twelve members. The Parliament appoints eight Magistrates (a supermajority of three fifths of the votes is needed) The Government, sustained by the majority of the Parliament, appoints two more and the Judicial Council -also controlled by the legislative- appoints the remaining two.

Actually the appointments process has become problematic because of the “quota” system due to the need for supermajorities. The major parties’ share out of seats in the Court is seen by public opinion as a very negative –and unintended- consequence of the system and is considered a “politicization” of the Court. At the end, every Magistrate can be labelled with a political tag.

In the U.S. the President appoints Supreme Court Justices “with the advice and consent of the Senate”. Therefore, there are similarities and differences between the two systems. In both cases all or most candidates are finally confirmed by means of a parliamentary hearing being the proposal –a exclusive power of the President in the U.S.- the main difference.

Now then, although the outcome of the two proceedings might appear to be similar –constitutional court justices politically labeled- it seems clear that the respective position and prestige of both courts is very different.

In the last years, the spanish Constitutional Court has been harshly and widely criticized in Spain by media, politicians and scholars. However, the main target of critics is not the main work of the Court –the rulings- but some important and persistent fails in the appointments system. And as a consequence of these fails, the Court has delayed decisive rulings very often and the war between major parties for the control of that decisions –through the appointments- has gone too far too frequently.

CONTENT AND METHODOLOGY

This work does raise a hypothesis about how the spanish Constitutional Court parliamentary appointments system influences the Court.

More specifically, we pretend to identify the main defects of that system trying to see whether some of them might be corrected introducing changes adapted from U.S. model of Supreme Court appointments and confirmation hearings.

Thanks to a Spanish Congress internship I stayed in Real Colegio Complutense in Harvard for three months in 2008 as a visiting researcher dedicated to the study of Supreme Court appointments and confirmation process.

Therefore, the methodology of this work is a comparative analysis of the two procedures in order to obtain some practical orientations that might improve the spanish system.

We do not pretend to reformulate the teorical framework of constitutional interpretation or the founding principles of constitutional review. There are extensive academic studies on that subjects. Our goal is more specific and practical, centered in the comparison of the two procedures and in its defects and virtues.

The first part of the work is dedicated to the analysis of the Supreme Court appointments system and the confirmation hearings before Senate Judicial Committee. We have a special interest in understanding how the american public opinion and the scholars see the process and what is its sense.

After that we analyse briefly other models of constitutional court appointments system that have or had influence in the development of the spanish Constitutional Court.

In the second part we study the spanish model of parliamentary designations as it was established in the Spanish Constitution of 1978 and in the Congress and Senate rules of procedure.

CONCLUSIONS

We started the work assuming that the working hyphotesis would be confirmed by the comparative analysis. We think that that has been the case even if it's only a partial confirmation.

Therefore we think there are parts of the spanish appointment and confirmation process that might be improved using some aspects of the american system as a model.

SELECTED BIBLIOGRAPHY

- ABRAHAM, HENRY JULIAN. 1985. *Justices and presidents: A political history of appointments to the Supreme Court*: Oxford University Press.
- . 1999. *Justices, Presidents and Senators, Revised : A History of the U.S. Supreme Court Appointments from Washington to Clinton*: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.
- AROZAMENA, J. 1995. "Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional: balance de quince años" en VVAA: *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- CALDEIRA, G. Y WRIGHT, JOHN R. 1998. "Lobbying for justice: organized interests, Supreme Court nominations, and the United States Senate." *American Journal of Political Science* 42, No.2: 499-523.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. 1990. "El procedimiento de elección de los magistrados constitucionales." *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* 77: 145-193.
- GARCÍA ROCA, JAVIER. 2006. "La experiencia de 25 años de jurisdicción constitucional en España." en *Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia.
- . 2012. "Selección de los magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones" *Revista General de Derecho Constitucional. Iustel*. N. 15.
- GARDNER GEYH, CHARLES. 2006. *When Courts and Congress Collide: The Struggle for Control of America's Judicial System*: University of Michigan Press.
- GERHARDT, M. 2003. "The Federal Appointments Process". Duke University Press.
- LÓPEZ GUERRA, LUIS. 1988. "Modelos de legitimación parlamentaria y legitimación democrática del Gobierno: su aplicación a la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23, 1988, p. 80.
- MALTESE, JOHN ANTHONY. 1995. *The Selling of Supreme Court Nominees (Interpreting American Politics)*: Johns Hopkins University Press.
- MARTÍNEZ CORRAL, J. A. 2008. "La tutela judicial de la legalidad y de los derechos fundamentales en la elección parlamentaria de cargos públicos." *Anuario de Derecho Parlamentario. Cortes Valencianas*.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, FERNANDO, PAUNER CHULVI, CRISTINA, PAJARES MONTOLÍO, EMILIO. 2010. *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*, Foro Democracia y Representación. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

